ABHANDLUNGEN ZUM
HANDELS-, GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

Tübingen

Suse Martin

Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

1980

WiRe

WiRe Verlagsgesellschaft mbH
für Wirtschafts- und Steuerrecht – Göttingen

Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Suse Martin
aus Tuttlingen

1981
WiRe Verlagsgesellschaft für Wirtschafts- u. Steuerrecht – Göttingen

Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Zöllner

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Zöllner

Tag der mündlichen Prüfung: 8. 7. 1980

Suse Martin

Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

ABHANDLUNGEN ZUM
HANDELS-, GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

Herausgegeben von
Dr. Horst S. Werner, Göttingen

Band 4

WiRe Verlagsgesellschaft mbH
für Wirtschafts- und Steuerrecht – Göttingen

ABHANDLUNGEN ZUM
HANDELS-, GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

Suse Martin

Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

WiRe
WiRe Verlagsgesellschaft mbH
für Wirtschafts- und Steuerrecht – Göttingen

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Martin, Suse:
Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb / Suse Martin. – Göttingen: WiRe-Verlagsgesellschaft für Wirtschafts- und Steuerrecht, 1981.
(Abhandlungen zum Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht; Bd. 4)
ISBN 3-88415-545-8

UNIV. LEIDEN BIBL.

1981 · ISBN 3-88415-545-8
Alle Rechte vorbehalten
WiRe Verlagsgesellschaft mbH
für Wirtschafts- u. Steuerrecht · Postfach 818 · 3400 Göttingen
Composersatz: H. J. Bernert · Lotzestraße 22 · 3400 Göttingen
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit der Frage, inwieweit der von der Rechtsprechung entwickelte Schutz vor Nachahmung, der neben und unabhängig von dem bestehenden gewerblichen Rechtsschutz gewährt werden soll, einer Überprüfung anhand der heutigen Wettbewerbstheorie standhält und sich die Differenzierungen der Rechtsprechungspraxis von daher als sachgerecht erweisen.

Die Arbeit lag dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Tübingen im Sommersemester 1980 als Dissertation vor.

Stuttgart, im August 1980

Suse Martin

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548921_0027

Inhaltsübersicht

Seite

Einleitung und Problemstellung 1

1. Teil: Bestandsaufnahme 3

§ 1 UWG und Sonderschutzgesetze 3

1. Gemeinsame Merkmale 3

2. Übersicht über die einzelnen Regelungen 4

a) Urheberrecht 4

b) Geschmacksmusterrecht 5

c) Patentrecht 5

d) Gebrauchsmusterrecht 6

e) Rechtliche Begründung der Sonderschutzrechte 6

f) Warenzeichen 6

g) Ausstattungsschutz 6

h) Kennzeichenschutz nach § 16 UWG 7

i) Nachahmungsschutz im UWG 7

3. Zum Begriff der sklavischen Nachahmung 7

4. Die zu behandelnden Sachverhalte 8

§ 2 Entwicklung und Stand der Rechtsprechung 9

A Der grundsätzliche Ausgangspunkt 9

1. Die ersten Urteile 9

2. Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit 10

B Die besonderen Umstände ... 11
1. Unterscheidung zwischen nichttechnischen und technischen Erzeugnissen ... 11
2. Erschleichen und Vertrauensbruch ... 14
a) Erschleichen ... 14
b) Vertrauensbruch ... 14
c) Unterscheidbarkeit der Untergruppe ... 15
d) Ausgliederung ... 15
3. Unmittelbare Leistungsübernahme ... 16
4. Verwechslungsfähige Nachahmung ... 17
a) Wettbewerbliche Eigenart ... 17
b) Verwechslungsgefahr ... 18
c) Vermeidbarkeit ... 19
d) Subjektive Erfordernisse ... 21

C UWG als Schutz gewerblicher Leistungen ... 22
1. Grundsätzliches Verhältnis zum gewerblichen Rechtsschutz ... 22
a) Patentamtslose Zeit ... 22
b) UWG als Ergänzung des Sonderrechtsschutzes ... 23
2. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale ... 23
a) Schutz wettbewerblichen Besitzstandes ... 23
b) Andere Ausbeutungsargumente ... 24
c) Beeinträchtigung des Innovationsanreizes ... 27

D Zusammenfassung ... 28

§ 3 Stellungnahmen in der Literatur ... 28
1. Unterscheidung technischer und nichttechnischer Erzeugnisse ... 28
2. Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ... 29
3. UWG als Leistungsschutz ... 30
4. Fallgruppen ... 30
a) Vermeidbare Herkunftstäuschung ... 30
b) Zusammenhang einzelner Argumente ... 33
c) Behinderung ... 33
5. Ungerechtfertigte Bereicherung ... 34
6. Zeitfaktor bei der Nachahmung ... 34
a) Das natürliche Monopol ... 34
b) Rechtliche Zuordnung der Leistung ... 35
c) Zusammenfassung ... 36

2. Teil: Wettbewerbliche Wirkungszusammenhänge 37

§ 4 Der Gegenstand des UWG 38
1. Fragestellung 38
2. Wettbewerb als Prozeß 39
a) Wettbewerb der Bahnbrecher 40
b) Wettbewerb der Nachahmer 40
c) Voraussetzungen von Wettbewerb 42
3. Funktionen von Wettbewerb 42

§ 5 Zielkonflikte eines Nachahmungsschutzes 43
1. Nachahmungsschutz und Innovationsanreiz 44
a) Nachahmung als Innovationshemmnis 44
b) Bedeutung des Imitationsanreizes 44
2. Optimales Verhältnis zwischen Imitations- und Innovationswettbewerb 45
a) Meßbarkeit des gesamtwirtschaftlichen Vorteils 46
b) Problem der zeitlichen Begrenzung 47
3. Nachahmungsschutz bei besonderer Marktstruktur 48
4. Nachahmung als Beeinträchtigung der Wahlfreiheit der Abnehmer 49
5. Zusammenfassung 51

3. Teil 52

§ 6 Die Generalklausel 52
1. Der Wortlaut der Generalklausel 52
a) Regeln der Sittlichkeit als Maßstab 53
b) Ethische Begründung des UWG 53
c) Entlastung des UWG durch absolut geschützte Rechtsgüter 56
2. Tendenzen zur Verobjektivierung 57
a) Interessenabwägung 57
b) Funktionsbezogenheit des Maßstabes 58
3. Delegation der Normsetzung 59
a) § 1 UWG als Blankettnorm 59
b) Entstehungsgeschichte 60
c) Inhaltliche Eingrenzung 61

§ 7 Der Schutzzweck des UWG 62
1.) UWG als Individualschutz 62
2. Sozialrechtliche Ausrichtung 63
3. Bestands- und Funktionssicherung 65

§ 8 GWB – Argumente im UWG 66
1. Das Postulat wirtschaftspolitischer Neutralität 67
2. Schutzobjekt des GWB 68
3. Verhältnis zwischen GWB und UWG 69
4. Theorie der Wettbewerbsbeschränkung 70
5. Entscheidungskonflikte bei Nachahmungssachverhalten 71

4. Teil: Überprüfung des aus § 1 UWG gewährten Nachahmungsschutzes 72

§ 9 Rufausbeutung und Herkunfttäuschung 72
1. Zuordnung der Argumente 72
a) Rufausbeutung 72
b) Herkunfttäuschung 73
2. Abgrenzung zum Ausstattungsschutz 74
a) Begriff der Ausstattung 74
b) Verkehrsgeltung 75
3. Anwendungsfälle des UWG 75
a) Fehlende Verkehrsgeltung 76
b) Nachahmung kennzeichnender Wesensmerkmale 77
c) Zulässigkeit kennzeichenrechtlicher Argumente im UWG 78
4. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Abnehmer 80
a) Herkunfts- und Gütevorstellungen 80
b) Pflicht zur Kennzeichnung 81
c) Pflichten aus verdichtetem sozialem Kontakt 84
5. Zusammenfassung 85

§ 10 Unmittelbare Leistungsübernahme 85
1. Unterscheidung zur Nachahmung 85
2. Leistung als brauchbares Kriterium 86
a) Der Begriff des Leistungswettbewerbs 86
b) Brauchbarkeit als Maßstab zur Beurteilung von Wettbewerbshandlungen 88
3. Andere Argumente 89

§ 11 Der ergänzende Leistungsschutz 89
1. Begründungen 89
a) Zuordnung der gewerblichen Leistung 89
b) optimale time lag 91
c) Schutz des Innovationsanreizes 92
2. Die Patentdiskussion 92
a) Eigentumstheorie 93
aa) Zuordnung der Leistung 93
bb) Ausbeutung durch Preisunterbietung 94
b) Bereicherungsrecht als Lösungshilfe 95
c) Belohnungstheorie 96
d) Ansporntheorie 96
e) Behinderung technischen Fortschritts 97
3. optimale time lag 98
a) Modelltheoretischer Ansatzpunkt 99
b) Verwendbarkeit für die Generalklausel 100

§ 12 Zusammenfassung 103

Literaturverzeichnis

Antoni, M.: Die vergleichende Werbung, BB 1962, 1172.

Arndt, H.: Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, Berlin 1952.

ders.: Wettbewerb der Nachahmer und schöpferischer Wettbewerb, in Wettbewerbstheorie, Hrsg. *Hrdzina, K.*, Köln 1975, S. 246.

Arzt, G.: Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Tübingen 1962.

Ballerstedt, K.: Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Festschrift für *F. Böhm*, Karlsruhe/München 1965, S. 179.

Baumann, H.: Die Übernahme fremder Leistung im Wettbewerb WRP 1975, 693.

Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, UWG, 12. Aufl. München 1978, Bd. II, WZG, 11. Aufl. München 1979.

Baur, J. F.: Das Tatbestandsmerkmal Wettbewerb, ZHR 134, (1970) 97.

Becher, C.: Kommentar zum UWG, 2. Aufl. 1932.

Beier, F.-K.: Der Schutz von Modeschöpfungen in Deutschland und Frankreich, GR int., 1955, 337.

Benisch, W.: Schutz des Leistungswettbewerbs, Köln 1966.

Benjamin, G.: Der Nachbau patentfreier Maschinen, GR 1926, 186.

ders.: Schutz vor dem Erfinder, GR 1925, 36.

ders.: Der Schutz der Maschinenkonstruktion gegen Nachbau, GR 1925, 268.

ders.: Zur Frage der sklavischen Nachahmung von technischen Schöpfungen, GR 1929, 649.

Berg, C.: Grundfragen des Wettbewerbsrechts, Diss. Frankfurt 1936.

Blum, R.: Schutz der Immaterialgüter vor sklavischer Nachahmung, Diss. Zürich 1947.

Bohm, F.: Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178.

ders.: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.

Borchardt, K.: Volkswirtschaftliche Kostenrechnung und Einkommensverteilung, Jahrb. d. Nat. Ökon. und Statistik, Bd. 178 (1965).

Borchardt, K. und *Fikentscher, W.:* Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.

Börner, B.: Wirtschaftwissenschaftliche Begriffe im GWB, in Festschrift für *G. Hartmann*, Köln 1976, S. 77.

Brandt, K.: Preistheorie, Ludwigshafen a. Rh. 1960.

Bülow, E.: Der psychologische Kaufzwang, Diss. Frankfurt 1972.

v. Büren, B.: Kommentar zum Bundesgesetz über unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957.

Burmann, H. F.: Die wettbewerbswidrige Nachahmung fremder Werbung, DB 1964, 575.

ders.: Wettbewerb als sinnvariabler Wirtschaftsbegriff im Wettbewerbsrecht, WRP 1967, 240.

ders.: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, WRP 1968, 285.
ders.: Strukturwandel des Werbe- und Wettbewerbsrechts, WRP 1967, 71.
ders.: Marktbezogene Unlauterkeit als eigenständiger Tatbestand, WRP 1967, 385.
ders.: Zur Problematik eines wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutzes, WRP 1973, 313.
ders.: Zum Problem der Sittenwidrigkeit im Wettbewerb, WRP 1972, 511.
Bußmann, K.: Aktivlegitimation im Wettbewerbsrecht, in Festschrift für *K. Nastelski*, Köln usw. 1969, S. 312.
Callmann, R.: Der unlautere Wettbewerb, 2. Auflage, Mannheim 1932.
ders.: Das Reichsgericht zum Problem des sklavischen Nachbaus, GR 1928, 251 und 430.
ders.: Musterschutz und Wettbewerb – Schutz nicht eingetragener Muster, GR 1927, 216.
ders.: Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit, GR 1928, 251.
ders.: Nochmals Nachbau ungeschützter Maschinen, MuW 1930, 291.
Clark, J. M.: Competition as a Dynamic Process, Washington 1961.
Coing, H.: Allgemeine Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts zum Begriff der guten Sitten, NJW 1947/1948, 213.
Czapski, G.: Unlauterer Wettbewerb und Kartellmaßnahmen im Lichte der niederländischen Rechtsprechung, WuW 1954, 321.
Döll: Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173.
Dörinkel, W.: Leistungswettbewerb – Rechtsbegriff oder Schlagwort, DB 1967, 1883.
Droste, K.: Rechtsfragen zum Direktverkauf, GR 1961, 67.
ders.: Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, WRP 1964, 66.
ders.: Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern? WRP 1964, 300.
ders.: Die Umfrage als notwendige Erkenntnisquelle unlauteren Wettbewerbs, WRP 1966, 325.
ders.: Die Generalklausel des UWG und das Richterrecht, DB 1963, 719.
ders.: Zum Begriff des Sittenwidrigen im Wettbewerb, WRP 1965, 39.
Eichmann, H.: Vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, Köln 1967.
ders.: Der Vorsprung durch Rechtsbruch, GR 1967, 564.
Elster, A.: „Verkehrsgeltung" als wettbewerblicher Besitzstand, GR 1931, 686.
ders.: Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Berlin 1932.
ders.: Urheber-, Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 2. Auflage Berlin 1928.
Englert, B.: Schutz von Modeneuheiten, in Mitarbeiterfestschrift für *E. Ulmer*, Köln usw. 1973, S. 297.
Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Auflage Tübingen 1964.
Eucken, W.: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. Tübingen/Zürich 1955.
Fikentscher, W.: Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 1954, WuW 1955, 223.
ders.: Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs, GR int. 1966, 181.
ders.: Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, in Festschrift für *W. Hallstein*, Frankfurt 1966, S. 127.

ders.: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958.

Fischer, R.: Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971.

Freiberger, H.: Der Wahrhaftigkeitsgrundsatz und die Pflicht zur Wahrhaftigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt 1938.

Freitag, K. P.: Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, Diss. Göttingen 1968.

Friedrich, K.: Die rechtliche Struktur des Wettbewerbsverhältnisses im Sinne des UWG, WRP 1976, 439.

v. Gamm, O.-F.: Die Interessenabwägung im gewerblichen Rechtsschutz, WRP 1959, 227.

ders.: Die sklavische Nachahmung, GR 1978, 453.

ders.: Schutz der Werbeidee und ihrer Ausdrucksformen, WRP 1970, 125.

Gastiger, S.: Inwieweit ist die Ausnutzung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbs? GR 1965, 179.

Germann, O. A.: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965.

Gernhuber, J.: Bürgerliches Recht, Tübingen 1970.

Gewiese: Sklavische Nachahmung, GR 1936, 296.

ders.: Die Ausnutzung fremder Gedanken und Arbeiten und der sog. sklavische Nachbau im Wettbewerbsrecht, GR 1935, 633.

Giere, A.: Die Bedeutung öffentlicher Interessen bei der Anwendung des § 1 UWG, Diss. Münster 1978.

v. Godin, H.: Zum Begriff des „Wettbewerbs", GR 1965, 288.

ders.: Über den Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten, GR 1966, 127.

v. Graffenried, R.: Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen zum gewerblichen Rechtsschutz, Bern 1952.

Gutenberg, E.: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. II, Der Absatz, 4. Auflage Berlin 1962.

Haines, H.: Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, Köln usw. 1969.

Hamann, A.: Über den sog. „sklavischen Nachbau" technischer Konstruktionen, GR 1961, 171.

Hamm, W.: Anmaßung von Wissen, FAZ v. 10. 2. 1977, Nr. 28, S. 9.

ders.: Schmidts unsoziale Marktwirtschaft, FAZ v. 3. 8. 1976, Nr. 169, S. 11.

v. Harder, H.: Zum Unwerturteil der Werbungsübersteigerung, GR 1962, 439.

Hartmann, A.: Das Verhältnis der Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb zu den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und zum Urheberrecht, Diss. Zürich 1961.

Haß, P.: Gedanken zur sklavischen Nachahmung, GR 1979, 361.

Hauth, M.: Die Abstandslehre, Diss. München 1973.

Hayek, F. A.: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in Freiburger Studien, Tübingen 1969, S. 249.

ders.: Rechtsordnung und Handelsordnung, in Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Karlsruhe 1967, S. 195.

ders.: Der Sinn des Wettbewerbs, in Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach-Zürich 1952.

Hefermehl, W.: Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, in Festschrift für *H. C. Nipperdey*, München, Berlin 1955, S. 297.

Hedemann, J. W.: Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.

Herse, E.: Die sklavische Nachahmung von technischen Schöpfungen, GR 1929, 538.

Henssler, E.: Der Rechtsschutz der industriellen Formgebung in Deutschland, GR int. 1959, 13.

Heuß, E.: Wachstum und Wettbewerbsordnung, in Wettbewerb als Aufgabe, Hrsg. *E. J. Mestmäcker*, Bad Homburg 1968, S. 29.

ders.: Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, in Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Hrsg. *H. K. Schneider*, Berlin 1968, S. 50.

ders.: Allgemeine Markttheorie, Tübingen u. Zürich 1965.

Hillig: Ausnutzen fremder Arbeitsleistung, GR 1929, 247.

Hoppmann, E.: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften d. Vereins für Sozialpolitik, NF Bd. 48, 1968, S. 9.

ders.: Zum Schutzobjekt des GWB, in Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg 1968, S. 61.

Hubmann, H.: Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155, (1966) S. 85.

ders.: Die sklavische Nachahmung, GR 1975, 230.

ders.: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, (zit. Wettbewerbsrecht) 2. Aufl. München 1969.

ders.: Die Methode der Abwägung, in Festschrift für *K. Schnorr v. Carolsfeld*, Köln usw. 1972, S. 173.

Isay, H.: Der Nachbau patentfreier Maschinen, GR 1926, 83 und 253.

ders.: § 1 UWG und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes, GR 1928, 421.

ders.: Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 UWG, GR 1928, 71.

ders.: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.

ders.: Das Rechtsgut des Wettbewerbs, Berlin 1933.

Kartte, W.: Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln usw. 1969.

Kantzenbach, E.: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage Göttingen 1967.

Kaufer, E.: Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg 1970.

Kellermann, A.: Wettbewerbsbeschränkung durch Wettbewerbsregeln, WuW 1965, 551.

Kirchberger, H.: Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, Berlin 1931.

Knöpfle, R.: Der Rechtsbegriff Wettbewerb und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln 1966.

Kohler, J.: Handbuch des deutschen Patentrechts, Mannheim 1900.

v. Köhler, K.-H.: Vom Wert der Gesetzesmaterialien im Kartellrecht, NJW 1967, 2188.

ders.: Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung, NJW 1964, 569.

ders.: Wie weit gilt im Wettbewerbsrecht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, NJW 1971, 118.

Koenigs, F.: Wechselwirkungen zwischen GWB und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041.

ders.: Das GWB und das Recht unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GR 1958, 589.

Körner, E.: Ausstattungsanwartschaftsrecht und Wettbewerbsschutz, BB 1968, 1064.

Kraft, A.: Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München 1963.

ders.: Die Berücksichtigung gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG, in Festschrift für *Bartholomeyczik*, Berlin 1973, S. 234.

Krause, G.: Der Schutz der Fernsehsendung und ihres Titels, GR 1959, 353.

Krieger, U.: Anmerkung zur Modeneuheit – Entscheidung, GR 1973, 481.

Krüger-Nieland, G.: Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, GR 1974, 561.

Kummer, M.: Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960.

Lehmann, G.: Marktformenlehre und Monopolpolitik, Berlin 1955.

Lehmann, M.: Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, in Mitarbeiterfestschrift für *E. Ulmer*, Köln usw. 1973, S. 321.

ders.: Die Werbung mit Geschenken, Köln 1974.

ders.: Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandspolitik, GR 1977, 21, 580, 633.

Lehmhoefer, D.: Der Schutz der gestalteten Werbeidee, Diss. Düsseldorf 1954.

Lindacher, W.: Grundfragen des Wettbewerbsrechts, BB 1975, 1312.

Lindenmaier: Wettbewerbsunlautere Nachahmung von Gestaltung und Werbung, BB 1958, 601.

Lobe, A.: Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907.

Loewenheim, U.: Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, Bad Homburg 1970.

Luchterhandt, H. F.: Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der unmittelbaren Ausnutzung fremder Leistung, GR 1969, 581.

Lukes, R.: Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in Festschrift für *F. Böhm*, Karlsruhe 1965, S. 199.

Machlup, F.: Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, Weinheim 1962.

ders.: Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GR int.1961, 373, 473, 524.

Mangold, F.: Preislistenzwang und heimliche Preisunterbietung, Diss. Tübingen 1965.

Max, D. H.: Sittenverstoß bei Ausnutzung nicht geschützter gewerblicher Leistung, Diss. Göttingen 1975.

Merkel, R.: Der Außenseiter einer lückenlosen Preisbindung und das GWB, NJW 1961, 1751.

Mestmäcker, J. E.: Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), S. 235.

Meydam, J.: Sozialrechtliche Tatbestände und Wettbewerbsrecht, GR 1970, 399.

Meyer, G.: Gedanken eines Ingenieurs über den Nachbau fremder Konstruktion, GR 1930, 215.

Meyer-Cording, U.: Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 462.

ders.: Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, JZ 1964, 278.

Miksch, L.: Wettbewerb als Aufgabe, 2. Auflage Godesberg 1947.

Möhring, P.: Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 und 491.

ders.: Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in wettbewerbs- und kartellrechtlicher Sicht, in Festschrift für *H.-C. Nipperdey*, München/Berlin 1965, Bd. 2, S. 415.

ders.: Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der sklavischen Nachahmung, in Festschrift für *V. Hämmerle*, Graz 1972.

Möschel, W.: Wettbewerb im Schnittfeld von Rechtswissenschaft und Nationalökonometrie, in Festschrift der Tübinger Juristenfakultät zum 500jährigen Bestehen der Universität Tübingen, Tübingen 1977, S. 333.

ders.: Das Wirtschaftsrecht der Banken, Frankfurt 1972.

ders.: Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, Tübingen 1975.

ders.: Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen 1978.

ders.: Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974.

Moser v. Filseck, R.: Die sklavische Nachahmung nicht geschützter Modelle und Maschinenteile, GR 1930, 667.

Müller, U.: Wettbewerb, Unternehmenskonzentration und Innovation, Göttingen 1975.

Nastelski, K.: Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GR 1969, 322.

ders.: Der Schutz von Betriebsgeheimnissen, GR 1957,1.

Nerreter, P.: Sklavische Nachahmung, GR 1936, 290.

ders.: Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, Berlin 1936.

ders.: Wettbewerbsrechtlicher Schutz technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse, GR 1957, 408 und 525.

Neuhaus, W.: Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Nachahmungen im Wettbewerb, Diss. Köln 1958.

Nipperdey, H. C.: Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.

Nolting-Hauff, W.: Ist die Benutzung fremder Gedanken und die Nachahmung fremder Arbeitsergebnisse unlauterer Wettbewerb? MuW 1929, 430.

ders.: Nochmals: Nachbau ungeschützter Maschinen, MuW 1930, 381.

Nordemann, W.: Der verständige Durchschnittsgewerbetreibende, GR 1975, 625.

Oberender, P.: Wettbewerbliche Marktprozesse und struktureller Nachfragerückgang, ORDO 1975, Bd. 26 (1975), S. 131.

Osterrieth, A.: Das Nachbauen von Maschinen, GR 1925, 131.

Ott, C.: Systemwandel im Wettbewerbsrecht, in Festschrift für *L. Raiser*, Tübingen 1974, S. 409.

Prahl, K.: Patentschutz und Wettbewerb, Göttingen 1959.

Raiser, L.: Marktbezogene Unlauterkeit, in Festschrift für *E. Ulmer*, GR int. 1973, 443.

ders.: Die Zukunft des Privatrechts, Berlin 1971.

ders.: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in Summum ius, Summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145.

Reimann, G.: Wettbewerb und „gute Sitten", WuW 1957, 622.

Reimer, E.: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Köln 1966.

ders.: Normenaufstellung zur Frage der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken, GR 1933, 454.

Reimer, D.: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, Bd. III, Hrsg. *Ulmer*, Köln 1968, zit., *Ulmer-Reimer.*

ders.: Einige Bemerkungen zum Leistungsschutz des § 1 UWG, in Festschrift für *W. Wendel*, München 1969, S. 100.

Reinhard, G.: Richter und Rechtsfindung, München/Berlin 1957.

Respondek, G.: Der maßgetreue Nachbau schutzfreier Maschinen, GR 1926, 459.

ders.: Der Schutz der technischen Konstruktion, GR 1929, 643.

Rinck, G.: Wirtschaftsrecht, 5. Auflage Köln 1977.
ders.: Gute Sitten im Wettbewerb, in Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 151.
Rödding, G.: Scheinargumente im Wettbewerbsrecht, DB 1969, 1877.
Rosenthal, A.: Wettbewerbsrecht, 8. Auflage Berlin 1930.
Sack, R.: § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 247.
ders.: Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GR 1970, 483.
ders.: Gibt es einen spezifischen kartellrechtlichen Lauterkeitsbegriff? BB 1970, 1513.
Säcker, F.-J.: Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf 1971.
Saint-Gal, I.: Unlauterer und parasitärer Wettbewerb, GR int. 1957, 7, 57 und 410.
Sambuc, Th.: Folgenerwägungen im Richterrecht, Berlin 1979.
Samwer, K.: Der Rechtsschutz der berühmten Marke, Diss. Göttingen 1977.
ders.: Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, GR 1969, 326.
Sandrock, O.: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968.
Sauter, H.: Der Begriff „Wettbewerb" im UWG und GWB, Diss. Mainz 1964.
Seiler, L.: Zum Tatbestand der sklavischen Nachahmung, BB 1967, 256.
Seligsohn, J.: Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt? GR 1926, 240.
Seydel, H.: Wirtschaftspolitische Erwägungen als Grundlage wettbewerblicher Entscheidungen, MA 1955, 85.
Seydenfuß/Ewers: Wettbewerbspolitik und die Aufgabe der Gerichte, in Festschrift für *G. Hartmann*, Köln usw. 1976, S. 303.
Silberstein, M.: Erfinderschutz und merkantilistische Gewerbeprivilegien, Zürich 1961.
Simitis, K.: Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960.
Smoschewer, F.: Zur Frage der sklavischen Nachahmung von technischen Schöpfungen GR 1929, 381.
Spengler, A.: Ergänzender wettbewerblicher Leistungsschutz in den Grenzgebieten des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts, WuW 1955, 599.
ders.: Gesetzlicher Schutz für Werbemaßnahmen und Werbemittel, MA 1965, 15.
Spielmann, E.: Der Schutz der Maschinenkonstruktion gegen Nachbau, GR 1925, 214.
Schäfer, G.: Nachahmungsschutz für Erfolgssysteme, Diss. Tübingen 1977.
v. Schall-Riaucour, G.: Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerwettbewerblicher Normen, Diss. München 1968.
Schluep, W.: Markenrecht, Basel 1964.
ders.: Vom lauteren zum freien Wettbewerb, in: Festschrift für *E. Ulmer*, GR int. 1973, 446.
Schmid, P.: Die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigentums, Berlin 1897.
Schmidbauer, H.: Allokation, technischer Fortschritt und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1974.
Schmidt, I.: US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973.
Schmidt-George, H.: Der Einfluß des GWB auf die Bestimmung der guten Sitten im Wettbewerb, Diss. Frankfurt 1969.

Schmidt-Syaßen, I.: Zur Wechselwirkung von Wirtschaftsrecht und bürgerlichem Recht bei der Konkretisierung freiheitsbeschränkender Generalklauseln, Diss. Bonn 1973.

Schönherr, F.: Die sklavische Nachahmung in der Praxis der deutschen, österreichischen und schweizer Gerichte, GR int. 1975, 237.

Schramm, C.: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und unlauteren Wettbewerb, GR 1952, 472.

ders.: Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Nachahmungen, WuW 1956, 199.

Schricker, G.: Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970.

ders.: Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GR 1974, 579.

Schroeter, K.: Die Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken im Wettbewerb, GR 1949, 228.

Schroeter, K. A.: Zur unlauteren Annäherung an fremde Kennzeichnungen, WRP 1968, 125.

Schulze zur Wiesche, J.: Zum Schutz von konkreten und abstrahierten Ausstattungselementen, GR 1969, 15.

Schumacher, H.: Die Systematik des Wettbewerbsrechts, WuW 1971, 165.

Schumann, D.: Der Wortgebrauch des BGH zur Kennzeichnung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG, Diss. Göttingen 1973.

Schumpeter, J.: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, New York 1950.

Schuster, M.: Der Schutz technischer Konstruktion, GR 1926, 305.

Schwamberger, W.: Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 1961, 1185.

Schwarz, G.: Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GR 1967, 333.

ders.: Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, in Festschrift für *H.-G. Ficker,* Frankfurt/Berlin 1967, S. 410.

Steindorff, E.: Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in Festschrift für *K. Larenz,* München 1973, S. 217.

ders.: Direktverkauf und Preisempfehlung, JZ 1959, S. 198.

ders.: Gute Sitten als Freiheitsbeschränkung, in Summum ius, summum iniuria. Tübingen 1963, S. 59.

Strohm, G.: Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen, Köln 1971.

Tetzner, H.: Die Problematik der Generalklausel des § 1 UWG, NJW 1962, 1087.

ders.: Objektive Sittenwidrigkeit und Verschulden bei § 1 UWG, GR 1950, 130.

ders.: Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage Köln 1957.

ders.: Zur Lehre von der unlauterkeitsgründenden „unmittelbaren Leistungsübernahme", JZ 1968, 324.

Teubner, G.: Standards und Direktiven in Generalklauseln, Tübingen 1971.

Theis, H.: Schutz gegen Nachbau nach Ablauf der Schutzrechte, Diss. Frankfurt 1956.

Traub, F.: Der Schutz von Werbeslogans um gewerblichen Rechtsschutz, WRP 1973, 305.

Ulmer, E.: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932.

ders.: Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GR 1937, 769.

ders.: Aus dem Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht – Rechtsfragen der Nachkriegszeit, GR 1951, 355.

Ulmer, P.: Der Begriff „Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG Tatbeständen, GR 1977, 565.

Vischer, F.: Urheberrecht und Schutz des Arbeitsergebnisses, in Festschrift für *W. Hug*, Bern 1968, S. 265.

Völp, F.: Vergleichende Werbung – unerlaubt oder verboten? GR 1962, 178.

ders.: Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP 1961, 135.

ders.: Der Einfluß des Kartellrechts auf den gewerblichen Rechtsschutz, WuW 1959, 96.

Vogt, A.: Bedeutungsgehalt und Funktion der guten Sitten im Wettbewerbsrecht, NJW 1976, 729.

Walz, W. R.: Der Schutzinhalt des Patentrechts im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1973.

Weinmann: Zur Anwendung des § 1 UWG, GR 1928, 428.

Wertheimer, L.: Die Verwendung nicht oder nicht mehr gesetzlich geschützter technischer Schöpfungen, GR 1929, 873.

Wieacker, F.: Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337.

Wilde, G.: Technische Gestaltungen im Ausstattungs- und Wettbewerbsrecht, in Festschrift für *W. Hefermehl*, Heidelberg 1971, S. 223.

Willeke, F.-U.: Grundsätze wettbewerbspolitischer Konzeption, Tübingen 1973.

Willemer, D.: GWB Einwendungen gegen UWG Ansprüche, Diss. Hamburg 1975.

ders.: GWB Einwendungen gegen UWG Ansprüche, WRP 1976, 16 und 77.

Willgerodt, H.: Die gesellschaftliche Aneignung privater Leistungserfolge, in Festschrift für *F. Böhm*, Tübingen 1975, S. 687.

Wobsa: Inwieweit schützt das UWG Konstruktionen, GR 1929, 57.

Würdinger, H.: Schenkung als Werbemaßnahme, WuW 1955, 71.

ders.: Freiheit der persönlichen Entfaltung in Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721.

Einleitung und Problemstellung

Schutz vor Nachahmung im Wettbewerb wird als eines der schwierigsten Kapitel des Wettbewerbsrechts bezeichnet[1]; schwierig, weil die Nachahmung fremder erfolgreicher Produkte eine ganz typisch wettbewerbliche Verhaltensweise ist.

a) Schutz vor Nachahmung ist in erster Linie Gegenstand der gewerblichen Schutzrechte wie Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Urheberrechtsgesetz. Darüber hinaus haben Rechtsprechung und Literatur aus § 1 UWG einen ergänzenden Leistungsschutz entwickelt, über dessen Reichweite seit der Einführung der Generalklausel gestritten wird. Die jahrzehntealte, in verschiedenen Versionen auftauchende Formulierung, es sei unlauter, fremde Leistungsergebnisse nachahmend auszubeuten, hat zu einer immer undurchsichtiger werdenden und unbefriedigenden Situation geführt und droht, die durch den Sonderrechtsschutz aufgerichteten Schranken immer weiter niederzureißen[2].

b) Anlaß zu dieser Untersuchung ist eine in jüngster Zeit festzustellende Tendenz, aus der Generalklausel Rechtspositionen zu entwickeln, die wie die gewerblichen Schutzrechte einen absoluten Schutz vor Nachahmung gewähren[3]. Als Begründung dazu findet man die Hypothese, daß die Rechtsordnung jedermann die Früchte seiner Arbeit zuordne und deshalb Aufgabe des Wettbewerbsrechts auch sei, dem Wettbewerber, der eine überdurchschnittliche Leistung erbringe, die Auswertung für eine gewisse Zeit zu sichern und solange die Nachahmung zu verhindern[4].

Bedenken begegnet diese Entwicklung deshalb, weil damit ein lückenloses System gewerblicher Ausschlußrechte geschaffen wird, das möglicherweise mit einer an der Freiheit wettbewerblicher Betätigung orientierten Wettbewerbsordnung nicht vereinbar ist. Denn die Entwicklung der Rechtsprechung bedeutet eine – neben dem an sich als abschließend erkannten Sonderrechtsschutz bestimmter gewerblicher Leistungen – weitere Be-

---

1 *Reimer*, a.a.O., Anm. 266; *Haß* GR 79, 361.

2 *Tetzner*, NJW 62, 1087, 1089.

3 Vgl. BGH GR 73, 478 Modeneuheit; BGH GR 72, 189 Wandsteckdose; vor der Gefahr warnte bereits *Spengler*, WuW 55, 599; vgl. auch *Benjamin*, GR 25, 111 f.

4 Als Beispiel hier nur *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 235; demgegenüber schon *Nolting-Hauff*, MuW 29, 430; *Gewiese*, GR 35, 633.

schränkung des Nachahmungswettbewerbs. § 1 UWG droht bei jetziger Auslegung zum Gegenteil dessen zu werden, was der Gesetzgeber damit erstrebte. Unter dem Schlagwort von der „Hochhaltung der Lauterkeit im Wettbewerb" werden mit den Grundlagen einer freien Marktwirtschaft in Widerspruch stehende Monopolbestrebungen gefordert[5] und gefördert.

c) Ausgangspunkt der Untersuchung ist eine kurze Bestandsaufnahme des wettbewerblichen Nachahmungsschutzes; erforderlich ist dies einmal zur Abgrenzung des Nachahmungsschutzes von den gewerblichen Sonderschutzrechten, zum anderen um die Sachverhalte auszusondern, auf die sich die vorliegende Untersuchung zweckmäßigerweise beschränken will.

d) Das UWG umfaßt einen Komplex von Normen, die auf das soziale Phänomen wirtschaftlichen Wettbewerbs einwirken und bestimmte Handlungen als unlauter verbieten. Es setzt danach Wettbewerb voraus und markiert lediglich bestimmte Spielregeln, die einzuhalten sind. Dabei hat die Generalklausel die Funktion, eine flexible Handhabe für nicht vorhersehbare Entwicklungen und Wandlungen im Wettbewerb zu bieten, die nach der präsumtiven Entscheidung des Gesetzgebers nicht zuzulassen sind.

Das UWG enthält sich jedoch dabei jeder inhaltlichen Konkretisierung des Gegenstandes, auf den sich die Spielregeln beziehen. Um jedoch eine Beschränkung wettbewerblicher Betätigung in ihrer Tragweite erfassen zu können – und die Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs ist, wie noch zu zeigen ist, eine elementare Beschränkung –, ist zunächst einmal erforderlich, die Wirkungszusammenhänge insoweit herauszuschälen, als sie für die rechtliche Beurteilung des wirtschaftlichen Vorgangs von Bedeutung sein können[6].

e) Wie im 2. Teil näher zu erläutern sein wird, ist charakteristisch und konstitutiv für Wettbewerb eine Aufeinanderfolge von „Handlungen, von Aktionen und Reaktionen, die sich als ein Geflecht von Wirkungszusammenhängen in Form von Handlungsabläufen darstellen läßt"[7].

Dabei sind Innovationsanreiz und Imitationsanreiz gleichgewichtige Funktionen des sich unter der Bedingung der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung entfaltenden Prozesses. Mit einem – wenn auch zeitlich begrenzten – Verbot *jeder* Nachahmung eines wettbewerblich interessanten, eigenartigen Erzeugnisses wird zugunsten der Innovationsfunktion der Nachahmungswettbewerb beschränkt.

f) Im 3. Teil wird daher weiter untersucht, ob und ggf. in welchem Umfang eine Beschränkung der Nachahmung zur Erhaltung von Wettbewerb erforderlich ist und ob § 1 UWG nach seiner Funktion und Zielrich-

---

5 Vgl. *Tetzner*, NJW 62, 1087, 1089.

6 Siehe dazu den Ansatz bei *Burmann*, WRP 67, 240; ders., WRP 72, 511; ders., WRP 73, 313.

7 Vgl. z. B. *Hoppmann*, Wettbewerb als Aufgabe, S. 89.

tung eine Beschränkung in dem Umfang, wie er von Rechtsprechung und Teilen der Literatur vertreten wird, überhaupt rechtfertigt.

Dabei ist der Schutzzweck des Wettbewerbsrechts und die damit zusammenhängende Frage von Bedeutung, ob nicht die Regelungen, die sich mit dem sozialen System Wettbewerb befassen, nur in ihrer Interdependenz voneinander gesehen werden können und sich deshalb möglicherweise gegenseitig beeinflussen.

g) Im 4. Teil schließlich werden anhand der Ergebnisse die einzelnen Argumente untersucht, die nach Rechtsprechung und Literatur ein Verbot der Nachahmung aus § 1 UWG rechtfertigen.

1. Teil: Bestandsaufnahme

§ 1 UWG und Sonderschutzgesetze

Um den Nachahmungsschutz des UWG, um den es hier allein geht, besser konturieren zu können und wegen der engen Verknüpfung der Sachverhalte ist es erforderlich, kurz den Nachahmungsschutz der gewerblichen Schutzrechte zu umreißen.

Dabei ist jedoch bereits hier zu erwähnen, daß das UWG einerseits und die gewerblichen Schutzrechte andererseits ganz unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen[1], worauf jedoch unten noch einzugehen sein wird.

1. Gemeinsame Merkmale

Gemeinsam ist allen Schutzrechten[2], daß bestimmte Güter verschiedenster Prägung aus dem geistigen Gemeingut abgegrenzt und demjenigen, der durch seine Leistung die gewerbliche Verwertung ermöglicht hat bzw.

1 Vgl. z. B. *Reimer*, a.a.O., S. 10, 152; a. A. und gegen den Dualismus von Sonderschutz und Wettbewerbsrecht: *Nerreter*, GR 36, 290, 294, der das UWG als sinnvolle Ergänzung der Sonderschutzrechte versteht und in diesem wiederum nur eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens, wie er in der Generalklausel formuliert ist, sieht. Ebenso versteht *Nolting-Hauff* das UWG als ein gegenüber den Sonderschutzrechten höherrangiges Recht, MuW 29, 432; ebenso *Goldbaum*, GR 26, 303.

2 Mit gewerblichen Sonderschutzrechten sind alle Regelungen bezeichnet, die die Nachahmung ausschließen. Darüber, was zum gewerblichen Rechtschutz zu zählen ist, besteht im einzelnen Streit (Vgl. z. B. *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 2). Hier geht es jedoch nur um die Gegenüberstellung von Regelungen, die ausdrücklich vor Nachahmung schützen einerseits, und dem Nachahmungsschutz des UWG andererseits. Ein Eingehen auf den Streit erübrigt sich deshalb.

der sie zuerst gewerblich genutzt hat, durch ein ausschließliches Recht zugeordnet werden. Bei Einhaltung bestimmter Formalitäten und bestimmter Voraussetzungen wird dem Urheber des Produkts für einen bei den verschiedenen gewerblichen Schutzrechten unterschiedlich langen Zeitraum eine Rechtsposition eingeräumt, die ihm ermöglicht, andere Mitbewerber von der Nachahmung des Produkts auszuschließen.

Ziele und Rechtfertigung für die Einräumung eines Nachahmungsschutzes überhaupt und für dessen Umfang sind bei den einzelnen Schutzrechten verschieden. Dies kann in der kurzen Gegenüberstellung mit dem Ziel, den Hintergrund für den „ergänzenden" Leistungsschutz aufzuzeichnen, allerdings nur angedeutet werden. Auf die kurze Darstellung kann m. E. aber auch nicht verzichtet werden, weil eine Reihe von Argumenten für den Nachahmungsschutz im UWG ihre Wurzel in den Gedanken an die Sonderschutzrechte haben[3], obwohl ein derartiger Bezug meist ausdrücklich abgelehnt, der Hinweis auf das naheliegende Sonderschutzrecht allenfalls zur Abgrenzung verwendet wird[4].

2. Übersicht über die Regelungen im einzelnen

a) Urheberrecht

Den rechtlich umfangreichsten Schutz vor Nachahmung bringt das Urheberrecht[5] an Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst, das dem Urheber vor allem das ausschließliche Recht zur Nutzung und Verwertung in körperlicher und unkörperlicher Form, also z. B. zur Vervielfältigung, zur gewerbsmäßigen Verbreitung, Ausstellung und zur öffentlichen Wiedergabe seines Werkes sichert.

Um den Urheber in seiner schöpferischen Tätigkeit anzuspornen und andererseits das schöpferische Werk der Allgemeinheit zugänglich zu machen, wird jedem, der sich von der Verbreitung des Werkes wirtschaftlichen Nutzen verspricht, die Verwertung für die Dauer von 70 Jahren verwehrt, m. a. W. insoweit ein Bereich abgesteckt, in dem jeder Wettbewerb untersagt ist. Der Schutzumfang von der Dauer eines Lebensalters rechtfertigt sich dabei aus der engen Verflechtung des Werkes mit der Persönlichkeit des Urhebers[6]. Daneben gewährt das Urheberrecht verwandte Schutz-

3 Ergänzender Leistungsschutz für überdurchschnittliche, wettbewerblich eigenartige gewerbliche Leistungen ohne Vorliegen von Verwechslungsgefahr, vgl. z. B. BGH GR 73, 478 Modeneuheit.

4 *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 253; schon *Callmann*, GR 28, 254; *Ulmer-Reimer*, a.a.O., S. 193.

5 UrhG v. 9. 9. 65, BGBl I, S. 1273, i. d. F. vom 2. 3. 74.

6 In den Werken finde die literarische und künstlerische Individualität des Urhebers ihren Ausdruck, während bei den technischen Schutzrechten der Schutz für

rechte für wissenschaftliche Ausgaben[7], Ausgaben nachgelassener Werke[8], für Lichtbilder[9], Werke ausübender Künstler[10], für die Herstellung von Tonträgern[11], für Sendeunternehmen[12] und für Filme[13], deren Dauer jedoch kürzer ist[14].

b) Geschmacksmusterrecht

Ebenfalls für sog. ästhetische Erzeugnisse bietet Schutz vor Nachahmung das Geschmacksmusterrecht. Gewerbliche Muster oder Modelle, soweit sie als neu und eigentümlich angesehen werden können, werden vom Tag der Anmeldung an 3 Jahre, bei Verlängerung bis zu höchstens 15 Jahren vor Nachbildung geschützt[15]. Dabei ist bemerkenswert, daß das Geschmacksmustergesetz für gewerbliche Muster, Modelle und Vorlagen 1876 geschaffen worden war, nachdem für solche Erzeugnisse der Schutz nach dem alten Urheberrechtsgesetz von der Praxis abgelehnt worden war, unter dem Hinweis auf eine sonst zu weitreichende Beschränkung des Wettbewerbs. Dies, obwohl nahegelegen hätte, solche Erzeugnisse über § 43 des damaligen Urheberrechtsgesetzes zu schützen, wonach „architektonische, technische und ähnliche Zeichnungen und Abbildungen", die ihrem Hauptzweck nach nicht als Kunstwerke zu betrachten sind, ebenfalls Schutz vor Nachahmung eingeräumt worden ist.

c) Patentrecht

Dem Erfinder technischer Neuerungen, soweit sie den Anspruch einer besonderen geistigen Leistung erfüllen, eine gewisse Erfindungshöhe aufweisen, wird ebenfalls ein weitreichender Schutz vor Nachahmung gewährt durch das Patentgesetz[16]. Neue Erfindungen, die eine gewerbliche Verwertung erlauben, werden dem Erfinder für die Dauer von 18 Jahren zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen.

---

etwas gewährt werde, das auch ohne den Erfinder die normale Entwicklung hervorbringen könne, bei denen die Belohnung also nur den durch den Erfinder vermittelten zeitlichen Vorsprung zum Gegenstand habe, vgl. *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 50.

7 § 70 UrhG.
8 § 71 UrhG.
9 § 72 UrhG.
10 §§ 73 ff. UrhG.
11 §§ 85 ff. UrhG.
12 § 87 UrhG.
13 §§ 88 ff. UrhG.
14 Schutz für bestimmte Ausgaben (§§ 70, 71 UrhG) 10 Jahre, sonst 25 Jahre.
15 GeschmMG vom 11. 1. 1876 i. d. F. vom 2. 3. 74, bes. §§ 1, 5 und 8 GeschmMG.
16 Patentgesetz i. d. F. vom 2. 1. 68 BGBl. S. 1, 2.

d) Gebrauchsmusterrecht

Für technische Erfindungen von geringerer Erfindungshöhe, soweit es sich um Arbeitsgerätschaften oder Gebrauchsgegenstände handelt und diese sich in einer neuen, dem Arbeits- und Gebrauchszweck dienenden Raumform verkörpern, bietet das Gebrauchsmustergesetz[17] bis zu 6jährigen Schutz vor der gewerblichen Nutzung anderer Mitbewerber.

e) Rechtliche Begründung der Sonderschutzrechte

Für die Rechtfertigung der ausschließlichen Zuweisung der Nutzung an den Erfinder werden zahlreiche Argumente aufgeführt: einmal, daß dem Erfinder eine entsprechend der Bereicherung der Allgemeinheit angemessene Belohnung gesichert werden müsse; daneben habe das Verfahren zur Erlangung des Patent- bzw. Gebrauchsmusterschutzes den Effekt, daß durch den Zwang zur Offenlegung anderen Wettbewerbern eher Alternativentwicklungen ermöglicht werden, die Behinderung auf der einen Seite so zu einer Bereicherung im Endeffekt wird.

Ein weiteres Argument ist das der Förderung technischen Fortschritts, weil durch die Gewißheit der ausschließlichen Nutzung ein Ansporn zu innovatorischen Anstrengungen geschaffen ist. Die Nützlichkeit einer Erfindung für die Allgemeinheit, so heißt es, rechtfertige andererseits die Beeinträchtigung der Nachahmungsfreiheit[18].

f) Warenzeichen

Eine ganz andere Zielrichtung verfolgt das Warenzeichenrecht[19], wonach ein frei gewähltes Bild- oder Wortzeichen, das der Kennzeichnung und Zuordnung der Ware zu einem bestimmten Betrieb dient, einem Unternehmen zur ausschließlichen Benutzung überlassen wird. Damit soll dem einzelnen Wettbewerber ermöglicht werden, seine Produkte gegenüber Konkurrenzprodukten zu individualisieren und so durch Werbung, besondere oder gleichbleibende Qualität eine engere Kundenbeziehung zu erwerben, sog. „good will" auszubauen.

g) Ausstattungsschutz

Ebenso der Werbeleistung dient der Ausstattungsschutz[20], wonach – bei Verkehrsgeltung und auch nur in diesem räumlichen Umfang – die

17 Gebrauchsmustergesetz i. d. F. vom 2. 1. 68 BGBl I, S. 24.

18 i. E. siehe unten § 11.

19 Warenzeichengesetz i. d. F. vom 2. 1. 68 BGBl I, S. 29 zu Geschichte und Zweck des Warenzeichens ausführlich vgl. *Schluep*, Markenrecht, S. 33 ff., 45 ff.

20 § 25 WZG; Schutz der Werbeleistung heißt nicht, daß die Attraktionskraft der Marke rechtlich geschützt ist. Die Kennzeichnung erst eröffnet die Möglichkeit

Ausstattung einer Ware, z. B. die besondere Form oder Verpackung usw., vor Nachahmung geschützt ist.

Beide, Ausstattungsschutz sowie das Recht am Warenzeichen, schützen zeitlich unbegrenzt vor Nachahmung, solange ersteres Verkehrsgeltung genießt und letzteres benützt wird.

h) Kennzeichenschutz nach § 16 UWG

Zum Kennzeichnungsschutz gehört auch der Schutz des § 16 UWG, der alle Kennzeichnungen, die zur Individualisierung eines gewerblichen Unternehmens dienen, es von anderen Unternehmen unterscheiden, gegen unbefugten Gebrauch schützt. Ergänzend sind hier auch der Namensschutz nach § 12 BGB und der Schutz der Firma nach § 37 Abs. 2 HGB zu nennen.

i) Nachahmungsschutz im UWG

Neben der kleinen Generalklausel, § 3 UWG, die irreführende Angaben über geschäftliche Verhältnisse betrifft und im Einzelfall auch einen Schutz vor Nachahmung bieten kann, ist der Kern des wettbewerblichen Nachahmungsschutzes § 1 UWG.

3. Zum Begriff der sklavischen Nachahmung

Für die Kennzeichnung der nach § 1 UWG verbotenen Nachahmung hat sich der Begriff der sklavischen Nachahmung eingebürgert.

Die Bezeichnung ist in mancher Hinsicht ungenau. Einmal sind damit die Fälle maßstabsgetreuer Nachahmung umschrieben, ein anderes Mal nur die der unmittelbaren Leistungsübernahme. Wenn aber – so wird in Rechtsprechung und Literatur immer hervorgehoben – auch die maßstabsgetreue Nachahmung nicht per se wettbewerbswidrig ist, dann befrachtet die Bezeichnung „sklavische Nachahmung" ein wettbewerblich grundsätzlich zulässiges Verhalten von vornherein mit einer negativen Wertung, ohne daß damit gleichzeitig eine präzise Aussage über einen wettbewerblichen Sachverhalt getroffen wäre[21]. Eher petitio principii als Bezeichnung für einen

---

der Werbung. Lediglich die Individualisierungsfunktion des Warenzeichens oder der Ausstattung ist rechtlich geschützt, vgl. dazu *Schluep*, Markenrecht, S. 82 und *Loewenheim*, a.a.O., S. 263 ff.

21 Eine abwertende Bezeichnung darf nicht dazu dienen, die erforderlichen sachlichen und rechtlichen Argumente zu ersetzen, vgl. *v. Gamm*, Schutz der Werbeidee, ders., Wettbewerbsrecht, S. 81 ff.; *Callmann*, GR 28, 251 f.; *Hamann*, GR 61, 171, 173.

rechtlich relevanten Sachverhalt, eignet sich der Begriff der sklavischen Nachahmung daher genausowenig wie die anderen oft auftauchenden Bezeichnungen wie z. B. „mit fremdem Kalb pflügen", „sich mit fremden Federn schmücken" u. a. m., der juristischen Begriffsbestimmung in irgendeiner Weise Dienste zu leisten. Es macht, so Callmann[22], allenfalls einen hilflosen Eindruck, wenn der Versuch, durch sklavische Nachahmung jemanden an die 2. Stelle im Wettbewerb hinabzudrücken, in sittlicher Empörung als wettbewerbswidrig bezeichnet wird. Auf die Bezeichnung sollte daher verzichtet werden.

4. Die zu behandelnden Sachverhalte

a) Zum Teil wird vertreten, der Nachahmungsschutz des UWG könne nur Sachverhalte betreffen, bei denen das nachgeahmte Produkt keinen Sonderrechtsschutz beansprucht hat oder beanspruchen könnte[23]. Dem wäre zuzustimmen, wenn das Verbot, ein bestimmtes Produkt nachzuahmen, im Falle des § 1 UWG mit denselben Argumenten begründet würde, wie bei den entsprechenden gewerblichen Schutzrechten. Wenn das UWG und die gewerblichen Schutzrechte jedoch ganz unterschiedliche Ziele verfolgen[24], ist eine Überschneidung so, wie sie dem Einwand zugrundeliegt, gar nicht denkbar. Das Verbot der Nachahmung durch § 1 UWG ist daher unabhängig von einem etwa bestehenden Schutz durch eines der gewerblichen Schutzrechte zu prüfen[25].

b) Vier Sachverhaltskonstellationen sind im folgenden daraufhin zu überprüfen, ob ein Verbot der Nachahmung durch § 1 UWG gerechtfertigt ist.

- Einmal sind es die Fälle, in denen jemand ein fremdes Erzeugnis bis in letzte Details nachahmt und dadurch die Gefahr von *Verwechslungen* hervorruft.
- Zweitens Fälle, bei denen der Nachahmer durch technische Mittel die fremde Leistung reproduziert, ablichtet, abdruckt usw., Fälle der sog. *unmittelbaren Leistungsübernahme.*
- Weiter sind es Fälle, in denen durch die Nachahmung zwar keine Verwechslungsgefahr hervorgerufen oder diese durch ausdrückliche Kennzeichnung vermieden wurde, aber die fremde Leistung *ausgebeutet* wird, sei es, daß der Nachahmer einen Bedarf ausnützt, den der Erst-

22 a.a.O. Fn. 21, S. 251.
23 *Seligsohn*, GR 26, 240, 249 f.; *Schramm*, Anm. zu BGH GR 60, 240, Simili-Schmuck; *Benjamin*, GR 26, 190; *Respondeck*, GR 26, 462, 463; RGZ 107, 277.
24 Dazu unten § 2 C 1.
25 Für viele *Ulmer-Reimer*, a.a.O., S. 192.

hersteller durch seine Leistung erst geweckt hat[26], oder daß die nachgeahmte Leistung durch die Nachahmung wertlos wird[27].

– Als viertes sind noch die Fälle zu nennen, in denen die Nachahmung erst aufgrund erschlichener oder durch Vertrauensbruch erworbener Kenntnisse ermöglicht worden ist, ohne daß die Verwertung wegen Geheimnisverrats oder Werkspionage bereits nach § 17 und § 18 UWG verboten wäre.

Die letzte Sachverhaltsgruppe wird, lediglich um das Feld des wettbewerblichen Nachahmungsschutzes abschließend aufzuzeigen, im Rahmen der Rechtsprechungsübersicht mitberichtet. Für die folgende Untersuchung soll diese Fallgruppe außer Betracht bleiben, da der Schwerpunkt des Vorwurfs nicht in erster Linie auf der Ausbeutung fremder Leistung liegt.

§ 2 Entwicklung und Stand der Rechtsprechung[28]

A Der grundsätzliche Ausgangspunkt

Nach § 1 UWG sind Wettbewerbshandlungen verboten, die gegen die guten Sitten verstoßen.

Entsprechend den Schwierigkeiten, die guten Sitten im Wettbewerb zu bestimmen, war schon der grundsätzliche Ausgangspunkt zur rechtlichen Beurteilung der Nachahmung nicht seit jeher derselbe.

1. Die ersten Urteile

Zunächst ging das Reichsgericht (RG) angesichts der gewerblichen Sonderschutzrechte von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Nachahmung aus[29], da die Sonderschutzrechte abschließend seien und nur unter bestimmten Voraussetzungen Erzeugnisse von der Nachahmung eine zeitlang freistellten. Durch das UWG dürfe dieser Schutz nicht erweitert werden. Unter dem Einfluß des Schrifttums änderte sich diese Haltung und das

---

26 Ergänzungsbedarf: BGHZ 41, 55, 58 f. Klemmbausteine.

27 BGH GR 73, 478 Modeneuheit; vgl. auch BGH GR 58, 343 Bohnergerät.

28 Einen Überblick über die österreichische und schweizerische Rechtsprechung gibt *Schönherr*, GR int. 75, 237 ff.; zum französischen Recht vgl. *Saint-Gal*, GR int. 57, 7 ff. und 410 ff.

29 RGZ 73, 294 Schallplatten; RGZ 109, 1 Siegfried Möbel; RG MuW 13, 383 Katalog System; RG GR 29, 231 Stabilbaukasten; bes. RGZ 101, 1, 2 m. w. Nw.; mit Einschränkung KG GR 27, 821, 823 Opel Laubfrosch.

Nachahmen eines mit Mühe und Kosten erworbenen Arbeitsergebnisses wurde generell als unlauter angesehen[30].

2. Der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit

Auf die besonders von Benjamin heftig geführte Kritik[31], kehrte das RG wieder zum ursprünglichen Ausgangspunkt, der grundsätzlichen Freiheit zur Nachahmung zurück[32]. Danach steht es „soweit kein Sonderrechtschutz besteht ... dem Gewerbetreibenden frei, fremde Arbeit und deren Ergebnisse, die mit Mühe, Zeit und Kostenaufwand errungen sind, auszunutzen. Denn Gewerbefleiß, Handel und Verkehr bauen auf dem Erbe der Vergangenheit auf. Neue Arbeiten brauchen vernünftigerweise den bisherigen Stand der Dinge nicht unberücksichtigt zu lassen. Um unfruchtbare Wiederholungen zu vermeiden, müssen sie an das Erreichte anknüpfen und auf ihm weiterbauen. Erkenntnisse und Fertigkeiten, die bereits gewonnen sind, dürfen, soweit nicht besondere Schutzgesetze entgegenstehen, benützt werden“[33]. Nur besondere Umstände können danach die Nachahmung im Einzelfall als sittenwidrig erscheinen lassen. Dies gilt selbst dann, wenn die Nachahmung maßstabsgetreu bis in kleinste Einzelheiten erfolgt[34].

Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, daß der Schutz geistiger Leistungen nicht Aufgabe des UWG, sondern der gewerblichen Sonderschutzrechte, des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts ist, und daß deshalb Erzeugnisse, die nicht oder nicht mehr unter Sonderschutz stehen, nicht generell durch § 1 UWG vor Nachahmung geschützt

---

30 Bes. *Smoschewer*, GR 29, 381 hatte die Rspr. heftig angegriffen. Vgl. KG Gr 25, 40 Multigraph; RGZ 111, 254 Käthe-Krusen-Puppen; RGZ 115, 180 Puppenjunge.

31 *Benjamin*, GR 26, 186; ders., GR 26, 565; *Isay*, GR 26, 293; ders., GR 26, 449; *Seligsohn*, GR 26, 240; *Respondeck*, GR 26, 454; *Callmann*, GR 28, 251; ders., GR 28, 430; *Nolting-Hauff*, MuW 29, 430; *Hillig*, GR 29, 247; wie die Rechtsprechung *Spielmann*, GR 29, 214.

32 RGZ 120, 94 Huthaken; RG MuW 29, 221 Spielzeugscheibe; vgl. auch LG Berlin, GR 27, 817 Opelwagen.

33 RGZ 135, 385, 394 f. Künstliche Blumen; ebenso RGZ 144, 41 Hosenträger; RG GR 30, 1127 Staubsauger; RG GR 36, 1084 Vergaserlampen.

34 RGZ 144, 41 Hosenträger; RG GR 36, 183 Stiefeleisenpresse; RG GR 37, 66 Brillenstange; RG GR 38, 137 Stuhlmodell; RG GR 38, 68 Woolworth; RG GR 40, 454 Bestecke; RG GR 40, 489 Filterpresse; RG GR 41, 116 Torpedo Freilauf; ebenso der BGH in den Urteilen BGH GR 53, 40 Goldzack; BGHZ 11, 129 Zählkassetten; BGH GR 54, 337 Radschutz; BGHZ 16, 292 Herzwandvasen; BGHZ 18, 175 Werbeidee; BGH GR 56, 553 Coswig; BGHZ 21, 266 Uhrenrohwerk; BGH GR 61, 40 Wurftaubenpresse; BGH GR 63, 328 Fahrradschutzbleche; BGHZ 41, 55 Klemmbausteine; BGH GR 66, 617 Saxophon; BGH GR 66, 97 Zündaufsatz; BGH GR 67, 315 skai cubana.

werden können, nur weil sie Ergebnis anerkennenswerter Anstrengungen sind.

Soweit im Einzelfall ein Nachahmungsschutz durch § 1 UWG gewährt wird, kann er nicht die wettbewerbliche Leistung als solche betreffen; das wird trotz gegenteiliger Entscheidungen auch von der Rechtsprechung betont[35].

B Die besonderen Umstände

Die besonderen Umstände herauszuarbeiten, die die Nachahmung einer gewerblichen Leistung sittenwidrig erscheinen lassen, hat auch der Rechtsprechung Mühe gemacht. Mit dem Urteil des „verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden", wonach die Sittenwidrigkeit festgestellt wird, sind Fallgruppen herausgearbeitet worden, die nun im einzelnen dargestellt werden.

1. Unterscheidung zwischen technischen und nichttechnischen Erzeugnissen

Zuvor ist noch auf eine von Rechtsprechung und Literatur gemachte Unterscheidung einzugehen, die sich durch alle Fallgruppen hindurchzieht und deshalb zuvor zu behandeln ist.

a) Die Nachahmung kann einen Gegenstand betreffen, der eine technische Lehre i. S. des Patents- oder des Gebrauchsmusterrechts verwirklicht, ein sog. technisches Erzeugnis, oder sie kann ein nichttechnisches Produkt betreffen. Rechtsprechung[36] und Schrifttum[37] haben bei der Aufstellung von Normen beide Sachverhalte unterschiedlich beurteilt[38].

b) In der Huthaken-Entscheidung[39] wird die Unterscheidung ausführlich begründet. Das RG sieht, im Gegensatz zum Geschmacksmuster-, Pa-

35 RGZ 120, 94, 97 Huthaken; BGH GR 58, 562, 564 Candida; BGH GR 58, 503 Mecki-Igel; BGH GR 68, 591, 593 Pulverbehälter; RG GR 32, 336, 339 Porzellandekor; RG GR 37, 66, 69 Brillenstangen; RGZ 115, 180, 183 Puppenjunge.

36 Zuerst OLG Dresden MuW XXIV, 45 Alphaseparatoren; vgl. dazu *Nerreter*, GR 57, 525, 531 m. w. Nachw.

37 So z. B. *Gewiese*, GR 35, 633, 642; ders., GR 36, 298; *Reimer*, GR 33, 454; ders., Wettbewerbsrecht, Kap. 77, IV, V; *Osterrieth*, GR 25, 131; *Spengler*, WuW 55, 599.

38 Eine solche Unterscheidung gab es auch beim Ausstattungsschutz des WZG. Dort war ausstattungsschutzfähig nur, was keinem Gebrauchszweck diente bzw. was nicht technisch bedingt war, während bei ästhetischen Erzeugnissen zunächst alles ausstattungsschutzfähig war. Vgl. RGZ 71, 384, 387; RGZ 100, 280 Gasmesser; RG MuW XXVII, 524, 525 Kleiderbügel; RG GR 43, 213, 214 Handfeuerlöscher.

39 RGZ 120, 94 Huthaken.

tent- und Gebrauchsmusterschutz als abschließende Regelungen an, die die ergänzende Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ausschließen. Wenn die Schutzdauer für technische Gegenstände nach diesen beiden Rechten abgelaufen sei und damit der ihnen innewohnende Zweck zugunsten des Schöpfers erreicht sei, sei im Interesse der Allgemeinheit geboten, daß die freie Herstellung nunmehr jedem offenstehe.

Anders beim Geschmacksmusterrecht, wo nicht das allgemeine gemeinwirtschaftliche Interesse wie bei den praktisch technischen Schöpfungen das privatwirtschaftliche Interesse überwiege. Hier handle es sich nicht um Werke, die für die Allgemeinheit, für die Entwicklung und Verbreitung technischen Fortschritts, für die wirtschaftliche Entwicklung besonders wichtig seien. Daneben sei, so wird besonders von Gewiese hervorgehoben[40], bei nichttechnischen Erzeugnissen dem Nachahmenden ein Abweichen vom nachgeahmten Produkt ohne weiteres zumutbar, während dies bei technischen Erzeugnissen nicht ohne weiteres möglich und auch nicht zumutbar sei, da diese in der Regel organische Fortentwicklung aus früheren, Gemeingut gewordenen Kenntnissen und Erfahrungen seien. Von daher verbiete sich ein längerer Schutz als der bereits in den Sondergesetzen zugestandene aus übergeordneten volkswirtschaftlichen Überlegungen.

c) Soweit eine Form daher technisch bedingt war – technisch bedingt sind die Merkmale einer Ware, die durch den Gebrauchszweck bedingt sind bzw. ihren Gebrauchszweck fördern[41] –, ist die Nachahmung eines jeden Erzeugnisses, das keinen Sonderrechtsschutz erworben hatte oder erwerben konnte oder dessen Schutz bereits abgelaufen war, selbst bei möglicher Verwechslungsgefahr für zulässig erachtet worden.

Zwar ist auch der Nachahmende eines technischen Erzeugnisses verpflichtet, im Rahmen des Zumutbaren einer Herkunftsverwechslung vorzubeugen. Es wird ihm aber nicht zugemutet, es mit einer anderen, vielleicht nicht so ausgereiften Lösung zu versuchen bzw. es darauf ankommen zu lassen, u. U. nachweisen zu müssen, daß eine andere Lösung technisch gar nicht möglich sei[42].

Bei der Nachahmung ästhetischer Erzeugnisse dagegen stehen dem Nachahmer mehr Möglichkeiten zur Verfügung und deshalb wird ihm ein abweichendes Verhalten, eine andere Gestaltung zugemutet[43].

---

40 So z. B. GR 36, 296, 298; Auf Zumutbarkeit stellen ab *Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 273; *Tetzner*, JR 65, 6, 7; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG, Anm. 402; BGH GR 61, 581, 583 Hummel II.

41 Vgl. z. B. RG GR 41, 259 Leukoplast; RG GR 43, 213 Handfeuerlöscher.

42 BGH GR 68, 591, 593 Pulverbehälter; BGH GR 62, 299, 303 Formstrip; BGH GR 63, 152, 157 Rotaprint; BGH GR 66, 617, 619 Saxophon.

43 BGH GR 70, 250, 253 Hummel III; BGH GR 69, 292, 293 Buntstreifensatin II; BGH GR 67, 315, 317 skai cubana; BGH GR 61, 581, 583 Hummel II; bereits RGZ 120, 94, 98 Huthaken.

d) Diese Unterscheidung, die ihren Grund in der alten Rechtsprechung zu § 15 WZG (jetzt § 25 WZG) findet und auch vom BGH zu § 25 WZG, wenn auch in abgeschwächter Form, fortgeführt worden ist, ist von der Literatur von jeher angegriffen worden[44].

Zwar mag das öffentliche Interesse am Freiwerden technischer Neuerungen drängender sein als bei nichttechnischen Erzeugnissen. Gleichwohl sind durch die Sonderschutzgesetze sowohl technische als auch ästhetische Erzeugnisse einem *begrenzten* zeitlichen Sonderschutz unterstellt. Diese auch im Interesse der Allgemeinheit[45] am Wettbewerb orientierte gesetzgeberische Entscheidung mit ihrer zeitlichen Begrenzung ist auch bei § 1 UWG zu beachten.

e) Bei näherem Besehen sind auch in der Rechtsprechung und Literatur trotz der behaupteten Unterscheidung im Ergebnis keine nennenswerten Unterschiede festzustellen. Technische und nichttechnische Erzeugnisse werden, soweit ihnen wettbewerbliche Eigenart zuerkannt wurde, gleichermaßen vor Verwechslungsgefahr geschützt[46]. Bei beiden wird auf Eigenartigkeit des nachgeahmten Erzeugnisses, auf Verkehrsbekanntheit oder Kennzeichnungsfähigkeit der Gestaltung abgestellt, bei beiden sind Güte- und Herkunftsfunktion einer originellen, bekannten Gestaltung und die mögliche Verwechslungsgefahr von entscheidender Bedeutung[47]. Auch hier ist die Parallele zur Rechtsprechung zu § 25 WZG zu finden, wo der Ausstattungsschutz für technische *und* nichttechnische Erzeugnisse im Interesse an der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung und der Vermeidung endgültiger Wettbewerbsbeschränkungen in gleicher Weise auf Zutaten der Ware beschränkt wurde[48].

Im folgenden werden daher auch beide Sachverhalte zusammen behandelt.

Die von der Rechtsprechung erkannten besonderen Umstände lassen sich in 4 Gruppen einteilen:

1. Die Nachahmung ist durch erschlichene oder durch Vertrauensbruch erlangte Kenntnisse ermöglicht worden.

---

44 Vgl. z. B. *Isay*, GR 28, 421, 422; *Schanze*, MuW 29, 49, 53; *Hoffmann*, GR 32, 132, 136; *Schroeter*, GR 49, 230, 232; *Nolting-Hauff*, MuW 30, 388; *Nerreter*, GR 57, 525, 526; *Seligsohn*, GR 26, 248; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 273; *Hubmann*, GR 75, 233.

45 Siehe unten § 11.

46 *Reimer*, GR 33, 462 und 468.

47 Vgl. z. B. *Spengler*, WuW 55, 590; *Gewiese*, GR 35, 642.

48 *Nerreter*, GR 57, 525, 527, der den treffenden Vergleich mit einem Wanderer bringt, der an einer Weggabelung steht und nach einer langwierigen Entscheidung für einen Weg feststellt, daß beide Wege bald zusammenführen. Vgl. aus der Rechtsprechung BGH GR 52, 518 Hummel I: „Ausstattung muß auch bei nichttechnischen Erzeugnissen etwas vom Wesen der Ware, so wie der Verkehr sie wertet, zwar nicht körperlich, aber doch begrifflich verschiedenes sein."

2. Der Nachahmer hat unmittelbar die fremde Leistung übernommen.
3. Die Verwechselbarkeit der Erzeugnisse ermöglicht die Ausnutzung des good will des Originalherstellers.
4. Ein ergänzender Schutz für wettbewerblich eigenartige Erzeugnisse.

2. Erschleichen und Vertrauensbruch[49]

Als sittenwidrig werden auch Nachahmungen angesehen, wenn der Nachahmer die zur Nachahmung erforderlichen Kenntnisse – Verfahren, know how, Absatzwege u. a. m. – auf „unredliche Weise" erlangt hat.

Unredliche Kenntniserlangung ist nach der Rechtsprechung dann vorzuwerfen, wenn die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse – im Gegensatz zur Werkspionage in § 17 UWG – mit Wissen und Wollen des Erstherstellers erlangt worden sind, die Ausnutzung der Kenntnisse zur Herstellung eines eigenen Konkurrenzproduktes allerdings einen Vertrauensbruch darstellen oder wenn die Kenntnisse erschlichen sind[50].

a) Erschleichen

Verboten ist die Nachahmung dann, wenn der Nachahmer sich das zur erfolgreichen Nachahmung erforderliche Wissen dadurch verschafft hat, daß er den Ersthersteller über seine wahren Absichten nicht unterrichtet hat; so wenn er beispielsweise Kaufinteresse vortäuschend sich eine Maschine erklären läßt[50] oder von dem Ersthersteller ein Exemplar erwirbt, um es sogleich zu zerlegen und so die erforderlichen Detailkenntnisse zu erwerben[51].

b) Vertrauensbruch

Die mit dem Stichwort Vertrauensbruch gekennzeichneten Fälle sind solche, bei denen jemand Vorlagen, Zeichnungen oder sonstige Unterlagen zu eigenen Zwecken verwendet, obwohl ihm erkennbar war, daß ihm die Unterlagen nur zu einem bestimmten vertraglichen Zweck[52] oder zur Aufnahme von Vertragsbeziehungen[53] offenbart worden sind, ohne daß § 18

---

49 Zum Schutz von Betriebsgeheimnissen im UWG ausführlich *Nastelski*, GR 57, 1 ff.; *Mohring:* in Festschrift für *Nipperdey*, bes. S. 420 ff.; *Callmann*, GR 28, 251; *Smoschewer*, GR 29, 537; vgl. auch *Reimer*, GR 33, 454, der diese Fallgruppe systematisch richtig den §§ 17 Abs. 2 und 19 UWG zuordnen will.

50 OLG Dresden MuW XXVI, 57 Schokoladenmaschine.

51 RGZ 146, 326 Stiefeleisenpresse.

52 Z. B. BGH GR 58, 351, 352 Deutschlanddecke; BGH GR 64, 313 Petromax.

53 Z. B. weil der intendierte Vertragsschluß dann doch nicht zustandekommt, vgl. RG MuW XIII, 383 Stuhlmodell; RG GR 42, 352 Quarzlampe; RG GR 38, 449 Anstecknadel; in diesen Zusammenhang gehört auch BGHZ 60, 168 Modeneuheit.

UWG Anwendung finden könnte, weil die Unterlagen nicht „anvertraut" worden sind.

c) Unterscheidbarkeit der Untergruppe

Die beiden Fallgruppen Erschleichen und Vertrauensbruch lassen sich, wie auch die Zuordnung der entschiedenen Sachverhalte zeigt, nicht einwandfrei trennen. So wird auch wohl der problematischste Sachverhalt einmal der einen[54], einmal der anderen[55] Untergruppe zugeordnet: nämlich die Auswertung von Kenntnissen, die ein Arbeitnehmer während seines Arbeitsverhältnisses erworben hat, nach der Beendigung seines Dienstverhältnisses. Obwohl die Verwertung der Kenntnisse, die ein Arbeitnehmer während des Bestehens seines Arbeitsverhältnisses aufgrund seiner Tätigkeit zulässigerweise erlangt hat, *nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht sittenwidrig sein kann, wie sich aus § 17 Abs. 2 UWG ergibt, wird dem Arbeitnehmer Unredlichkeit dann vorgeworfen, wenn er das Wissen auf eine unübliche Weise erworben hat, wenn ihm ein „innerer Frontwechsel" vom Arbeitnehmer zum potentiellen Konkurrenten vorgeworfen werden kann[56]. Das wird angenommen, wenn die Kenntnisse durch ein Vorgehen eingeprägt wurden, das über die bloß berufsmäßige Berührung mit dem nachgeahmten Erzeugnis und dessen Herstellung hinausgeht: Beispiele sind das Auswendiglernen, Anfertigen von heimlichen Aufzeichnungen, das planmäßige Einprägen von Konstruktionszeichnungen.

d) Ausgliederung

Die Fallgruppen Vertrauensbruch und Erschleichen von Kenntnissen ließen sich möglicherweise auch unter zwei anderen Gesichtspunkten rubrizieren: Einmal können schuldrechtliche Verpflichtungen einen Unterlassungsanspruch, u. U. auch einen Schadensersatzanspruch in dem Umfang, wie in das UWG gewähren würde, rechtfertigen; so können z. B. vor- oder nachvertragliche Sorgfaltspflichten das Unterlassen der Verwertung bestimmter Kenntnisse verbieten. Daran schließt sich an die Frage, ob das UWG zur Durchsetzung vertraglicher Ansprüche in Dienst genommen werden kann.

Bei der Verwertung von Kenntnissen, die während eines Arbeitsverhältnisses erworben wurden, wäre zu fragen, ob mit Hilfe des UWG ein Wettbewerbsverbot durchgesetzt werden kann, obwohl und weil der be-

---

54 Vgl. RG GR 38, 68 Galanteriewaren; RG GR 38, 137 Stuhlmodelle; RG GR 37, 558 Randfußkohle; RG GR 36, 573 Kernöl; RG GR 32, 336 Porzellandekor; RG GR 32, 751 Kranzblumen; RGZ 149, 329 Stiefeleisenpresse; BGH GR 60, 294 Kaltfließverfahren; BGH GR 63, 367 Industrieböden.

55 Vergl. Fn 54.

56 Z. B. *Nerreter*, GR 57, 525, 530.

troffene Unternehmer eine vertragliche Vereinbarung unterlassen hat, für die in der Regel ein entsprechendes Entgelt zu zahlen gewesen wäre.

Die Problematik der Fallgruppe sei hier nur angedeutet. Da Gegenstand des Vorwurfs nicht in erster Linie die Ausbeutung der gewerblichen Leistung ist, die Fälle aber gleichwohl im Zusammenhang mit dem Schutz vor Nachahmung erfaßt werden, sollten sie hier nur der Vollständigkeit halber mit aufgezählt werden.

3. Die unmittelbare Leistungsübernahme

Eine Gruppe von Nachahmungsfällen meinte man ganz einfach und zweifelsfrei in den Griff zu bekommen. Dies sind solche, bei denen die Leistung eines Wettbewerbers ohne eigene zusätzliche, ohne nachschaffende Leistung vom Nachahmer unmittelbar übernommen wurde. Beispiele sind das Photokopieren gemeinfrei gewordener Werke[55], Nachpressen von Schallplatten[56], Vermehrung von Nelkenstecklingen[57], Wiedergabe von Fernsehsendungen in Kinos[58] u. a. m. Als evident schmarotzerisch und deshalb besonders verwerflich sah man diese Nachahmungen ohne weiteres als sittenwidrig an[59]; sittenwidrig, weil eine fremde Leistung als eigene angeboten wird.

In dieser Allgemeinheit wurde die Aussage bald wieder zurückgenommen[60]. Weil jedoch die unmittelbare Leistungsübernahme zu „ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprüngen des Übernehmers führen und dem Erbringer der ersten Leistung sogar den Anreiz zu eigener Initiative nehmen könnte“[61], wird zwar regelmäßig ein Wettbewerbsverstoß angenommen, der Ausbeuter kann jedoch Gründe dartun, die sein Verhalten rechtfertigen: z. B. wenn dem Erstleistenden die Früchte seiner Arbeit bereits hinreichend zugeflossen sind oder ein Interesse der Allgemeinheit an der Herstellung preiswerter Konkurrenzerzeugnisse besteht[62].

---

55 BGH GR 69, 186, 189 Reprint.

56 RGZ 73, 291, 297 Schallplatten.

57 BGHZ 28, 388 Nelkenstecklinge.

58 BGHZ 37, 1, 19 Aki; zum ganzen auch BGHZ 33, 20 Figaros Hochzeit; BGHZ 33, 38 Künstlerlizenz; BGHZ 39, 352, 354 Vortragsabend; BGHZ 44, 288 Apfelmadonna; BGH GR 69, 617, 619 f. Kunststoffzähne.

59 RGZ 73, 291, 297 Schallplatte; zum ganzen auch *Tetzner*, JR 68, 324, 326; Sittenwidrigkeit ohne Vorliegen sonstiger besonderer Umstände bejahen auch *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 289; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 214 ff.; *Smoschewer*, GR 29, 381, 391; *Gastiger*, GR 65, 179. Ablehnend *Luchterhandt*, GR 69, 581, 585 ff.; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252; *Schramm*, WuW 56, 199 ff.; *Gastiger*, GR 65, 179.

60 Vergl. BGH GR 69, 186, 189 Reprint; BGH GR 69, 617, 620 Kunststoffzähne.

61 BGH siehe oben Fn. 60; BGH GR 66, 617, 620 Saxophon.

62 Vergl. oben § 5,1b.

4. Verwechslungsfähige Nachahmung

„Pflügen mit fremdem Kalb“[63], „sich mit fremden Federn schmükken“[64], „im Kielwasser eines Mitbewerbers fahren“[65] oder einfach „schmarotzen an fremder Arbeitsleistung“[66] sind die plakativen Formulierungen, mit denen Sachverhalte bezeichnet werden, in denen das nachgeahmte Produkt der Vorlage zum Verwechseln ähnlich ist. Daß die Abgrenzung zu der grundsätzlich doch zulässigen auch millimetergetreuen Nachahmung durch solche Reizworte nicht einfacher wird, zeigen die von der Rechtsprechung dazu entwickelten Normen.

Sittenwidrigkeit wird von der Rechtsprechung angenommen unter folgenden Voraussetzungen:

- ein wettbewerblich eigenartiges Erzeugnis
- wird so nachgeahmt, daß die Gefahr von Verwechslungen besteht;
- der Nachahmer weiß dies und duldet es zumindest;
- eine andere Gestaltung ist zumutbar.

a) Wettbewerbliche Eigenart

Das Merkmal wettbewerblicher Eigenart dient zunächst zur Abgrenzung von der sogenannten Massen- und Dutzendware[67], bei der der Verkehr der Frage der Herkunft keine entscheidende Bedeutung beimißt[68]. Daneben bedeutet das Merkmal aber auch, daß es sich um Gestaltungen handeln muß, die kennzeichnungskräftig sind, die geeignet sind, Herkunfts- und Gütevorstellungen hervorzurufen[69]. In der Uhrenrohwerke-Entscheidung des BGH heißt es wörtlich: „Besonderheiten, die geeignet sind, im Verkehr als kennzeichnend für die Herkunft und Güte eines Erzeugnisses gewertet zu werden und die daher Verwechslungsgefahr begründen können, wenn sie sich gleichförmig bei dem nachgeahmten Erzeugnis vorfinden“[70]. Entscheidend ist danach, daß aufgrund der Besonderheiten des

63 *Lobe*, MuW XVI, 129.

64 Gegen die Bezeichnung wegen ihrer präjudiziellen Wirkung vgl. *Seligsohn*, GR 26, 242; *Osterrieth*, GR 25, 137.

65 *Saint-Gal*, GR int. 57, 7, 10.

66 Z. B. *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Anm. 357, 379.

67 Vgl. z. B. BGH GR 66, 503, 508 Apfelmadonna; BGH GR 67, 315, 317 skai cubana; BGH GR 68, 591, 592 Pulverbehälter; BGH GR 68, 698, 701 Rekordspritzen; BGH GR 69, 618, 619 Kunststoffzähne. Das Erfordernis wettbewerblicher Eigenart ist aus dem Sonderrechtschutz entlehnt, vgl. dazu als Beispiel nur RGZ 111, 254, 256 Käthe Kruse; RGZ 115, 180, 182 Puppenjunge.

68 Vgl. z. B. BGH GR 63, 152, 155 Rotaprint; BGH GR 66, 617, 619 Saxophon.

69 Z. B. BGH GR 58, 351, 352 Deutschlanddecke; BGH GR 62, 144, 149 Buntstreifensatin I; BGH GR 64, 621, 624 Klemmbausteine; BGH GR 66, 97, 100 Zündaufsatz; BGH GR 68, 698, 702 Rekordspritzen; BGH GR 70, 244, 245 Spritzgußengel; BGHZ 21, 266, 271 Uhrenrohwerke.

70 BGHZ 21, 266, 271 f. Uhrenrohwerke.

nachgeahmten Erzeugnisses betriebliche Herkunftsverwechslungen möglich sind, wenn ein Wettbewerber das Produkt auch in diesen kennzeichnenden Sonderheiten nachahmt.

Anders als beim Ausstattungsschutz in § 25 WZG – auch das ein wichtiger Unterschied – muß sich die Verkehrsbekanntheit nicht an einem oder mehreren konkreten Merkmalen der Ware festmachen lassen, sondern Anknüpfungspunkt der Verkehrsbekanntheit kann auch ein bestimmter Stil der nachgeahmten Waren sein[71].

b Verwechslungsgefahr

Die Nachahmung muß einen Grad erreicht haben, wo es leicht zu Verwechslungen durch die Abnehmer führen kann.

aa) Die bloße Warenverwechselbarkeit führt nicht zur Sittenwidrigkeit der Nachahmung. Wenn der Käufer lediglich Waren verwechselt, ohne daß für seinen Kaufentschluß die Herkunft der Waren von Bedeutung ist – dies ist regelmäßig nur bei den wettbewerblich nicht als eigenartig erkannten Massen- und Dutzendwaren der Fall –, hält man die Verwechslungsgefahr für wettbewerblich irrelevant[72]. Denn der Abnehmer will nur eine Ware bestimmter Art, ohne auf andere Qualifikationen Wert zu legen, wie z. B. bestimmte Herkunft, bekannte Qualität und anderes mehr. Der Käufer wird in diesen Fällen nicht über Umstände, die für die Kaufentscheidung relevant waren, getäuscht. Insofern nützt der Nachahmer auch nicht die besonderen Anstrengungen des Erstherstellers aus.

bb) Anders dann, wenn ein wettbewerblich eigenartiges Erzeugnis nachgeahmt wird, bei dem der Verkehr aufgrund besonderer Gestaltungsmerkmale bestimmte Herkunfts- und darüber hinaus vielleicht auch Gütevorstellungen entwickeln kann[71]. Die Merkmale, die Herkunftsvorstellungen hervorrufen können, brauchen im Gegensatz zum Ausstattungsschutz nicht Zutaten zur Ware zu sein, sie können auch zum „Wesen der Ware" gehören[72]. So kann die Nachahmung eines bestimmten Stils eines Warentyps, wenn sie zu Verwechslungen führen kann, als wettbewerbswidrig verboten sein, obwohl ein Ausstattungsschutz nicht möglich ist, weil die nachgeahmten Merkmale kennzeichnende Merkmale der Ware selbst sind.

---

71 BGHZ 5, 1, 11 Hummel I.

72 Vgl. z. B. *Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 281 und 181.

71a Vgl. z. B. BGHZ 5, 1 Hummel I.

72a Dabei wird zum Teil sogar noch weiter differenziert zwischen Herkunfttäuschung und Rufausbeutung. Bei der ersten Fallgruppe soll Verwechslungsgefahr bezüglich der Ware selbst, bei der letzteren lediglich aus der Annäherung kennzeichnender Merkmale ohne Verwechslungsgefahr im engeren Sinn irrige Vorstellungen über die betriebliche Herkunft (und Güte) der Ware ausschlaggebend sein, *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 390 ff., 349 ff.

Im Gegensatz zum Ausstattungsschutz ist auch nicht erforderlich, daß das Erzeugnis Verkehrsgeltung besitzt. Ausreichend ist die mögliche Gefahr von Verwechslungen, die durch die genaue Nachahmung der wettbewerblich eigenartigen Ware begründet sein kann. Zum Teil wird aber auch noch ein gewisser Grad an Verkehrsbekanntheit verlangt[73], der aber nicht den Anforderungen der Verkehrsgeltung des Warenzeichengesetzes entsprechen muß[74].

cc) Neben Vorstellungen über die Herkunft der Ware werden zum Teil auch noch Gütevorstellungen verlangt[75], an anderer Stelle wird jedoch ausdrücklich darauf verzichtet[76]. Voraussetzung für Qualitätsvorstellungen der Abnehmer ist jedoch, daß diese das Produkt als ein vorbekanntes identifizieren. Gütevorstellungen sind daher Sekundärvorstellungen, die erst zum Zuge kommen, wenn die Ware als eine bekannte identifiziert worden ist. Eigenständige Bedeutung hat das zum Teil verlangte Merkmal der Gütevorstellungen deshalb in keinem Fall erlangt[77].

c) Vermeidbarkeit

Vermeidbarkeit der Verwechslungsgefahr oder die Zumutbarkeit einer anderen Gestaltung ist neben subjektiven Merkmalen das wichtigste Argument für die Annahme der Wettbewerbswidrigkeit geworden[78]. Hier liegt in der Tat auch der Kern des Vorwurfs. Deshalb wird zum Teil auch nicht die Nachahmung, sondern allein der Vertrieb als zulässige Zielrichtung des Unterlassungsanspruchs gesehen[79]. Sittenwidrig ist danach nicht schon die

---

73 Vgl. z. B. BGH GR 54, 337, 339 Radschutz; BGH GR 63, 152, 155 Rotaprint; BGH GR 66, 617, 619 Saxophon; BGH GR 68, 591, 593 Pulverbehälter; BGH GR 69, 292, 293 Buntstreifensatin II; *Baumbach-Hefermehl,* Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 355.

74 BGH GR 62, 243, 247 Kindersaugflaschen; BGH GR 63, 152, 155 Rotaprint; BGH GR 66, 97, 101 Zündaufsatz.

75 Vgl. die Kritik bei *Haß,* GR 79, 361, 364; *Ulmer-Reimer,* Wettbewerbsrecht, S. 198; *Moser v. Filseck* in der Anm. zum Radschutzurteil des BGH in Mitt. Bl. 54, 93, 94; *Baumbach-Hefermehl,* Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 255; BGHZ 5, 1, Hummel I; BGH GR 59, 289, 292 Rosenthalvase; BGHZ 35, 341, 348 Buntstreifensatin; BGHZ 21, 266, 269 Uhrenrohwerke; BGH GR 54, 337, 339 Radschutz; BGH GR 57, 83, 84 Wasserzähler; BGH GR 70, 250, 253 Hummel III.

76 *Wilde,* MA 56, 734, 738; *Seiler,* BB 67, 257, 258; *Baumbach-Hefermehl,* Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 237; *Ulmer-Reimer,* Wettbewerbsrecht, S. 199; Vgl. auch *Isay,* GR 28, 421, 423.

77 Vgl. z. B. *Schramm,* WuW 56, 200, 204, der aber als deliktischen per se Verstoß qualifiziert, wenn der Nachahmer über Herkunft und Qualität durch Unterlassen kennzeichnender Merkmale täuscht, S. 203.

78 So z. B. auch *Tetzner,* JR 65, 6, 7; *Hubmann,* GR 75, 230, 237.

79 Das impliziert auch das Erfordernis, daß die Gefahr einer Herkunftstäuschung zu befürchten ist, die bei der Produktion für den eigenen Bedarf nicht zu gewärtigen wäre.

Nachahmung, sondern der Vertrieb der zulässigen Nachahmung, ohne daß sich der Nachahmer um die Verwechslungsgefahr kümmert[80].

Je nach Originalität und Bekanntheit des nachgeahmten Erzeugnisses werden die Anforderungen an den Nachahmer strenger[81], seine Pflicht, sich um eine andere Gestaltung zu bemühen, hängt von der Art und Qualifikation des nachgeahmten Gegenstands ab.

In diesem Zusammenhang taucht die Unterscheidung zwischen technischen und nichttechnischen Produkten wieder auf: Bei technischen Erzeugnissen wird dem Nachahmer eine Änderung kennzeichnender technisch bedingter Merkmale nicht, allenfalls eine Änderung nichttechnisch bedingter Merkmale zugemutet[82]. Begründet wird dies damit, daß der Nachahmer die sondergesetzlich nicht (mehr) geschützten, der Allgemeinheit zugänglichen Kenntnisse nicht unbenützt zu lassen braucht, die auch dem Originalhersteller kostenlos zur Verfügung standen. Soweit eine Gestaltung jedoch nicht technisch bedingt ist, kann der Nachahmer auf die Unzahl möglicher differenzierender Gestaltungen zurückgreifen, ohne die Funktionsfähigkeit des Erzeugnisses in irgendeiner Weise zu gefährden.

Bei sog. ästhetischen, nichttechnischen Produkten wird die Nachahmung kennzeichnungskräftiger Merkmale immer als vermeidbar angesehen, wenn noch andere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die dem Nachahmer eine dem Zeitgeschmack entsprechende Gestaltung ermöglichen[83]. In den seltensten Fällen wird das Anbringen eines Hinweises auf die unterschiedliche Herkunft für ausreichend erachtet. Grund dafür ist die Annahme, daß trotz des Hinweises der Durchschnittskäufer organisatorische Beziehungen zwischen Nachahmer und Ersthersteller vermuten würde. Da in der Regel auf den flüchtigen Durchschnittskäufer abgestellt wird[84], wird zudem sowohl bei unterscheidenden Hinweisen, als auch bei einer abweichenden Gestaltung, ein *deutliches* Abheben vom nachgeahmten Produkt gefordert.

---

80 Vgl. z. B. BGH GR 54, 337, 339 Radschutz; BGH GR 57, 83, 84 Wasserzähler; BGHZ 21, 266, 270 Uhrenrohwerke. Ob dies vorsätzlich geschehen muß oder ob Fahrlässigkeit ausreicht, wird bei den subjektiven Anforderungen erörtert.

81 Vgl. z. B. *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 201.

82 Vgl. BGH GR 66, 617, Saxophon; BGH GR 54, 121, 123 Zählkassetten; BGH GR 54, 337, 340 Radschutz; BGH GR 68, 591, 592 Pulverbehälter; BGH GR 62, 299, 303 Formstrip; BGH GR 63, 152, 157 Rotaprint. Wenn gerade eine technische Besonderheit vom Publikum als entscheidend und kennzeichnend angesehen wird, wird zum Teil auch eine andere Gestaltung insoweit verlangt, vergl. z. B. RG GR 32, 317, 319 Lichtpausmaschine; RGZ 144, 41, 45 Hosenträger; RG GR 38, 854, 859 Filtergerät; BGH GR 63, 152, 157 Rotaprint.

83 Vgl. z. B. BGHZ 35, 341, 349 Buntstreifensatin I; BGH GR 67, 315, 317 skai cubana; BGH GR 61, 581, 583 Hummel II.

84 Vgl. z. B. OLG Düsseldorf GR 53, 394, 395 Nähmaschinen.

d) Subjektive Erfordernisse

Neben den objektiven Erfordernissen, wie Eigenart der nachgeahmten Ware und Verwechselungsgefahr, sind es subjektive Merkmale, die die Sittenwidrigkeit der Nachahmung ausmachen[85].

aa) Hat ein Wettbewerber planmäßig eine ganze Serie der Produkte eines Konkurrenten nachgeahmt, ist die Nachahmung in jedem Fall verwerflich, selbst wenn das nachgeahmte Erzeugnis nicht wettbewerblich eigenartig ist. Eine solche planmäßige Nachahmung behindere den Ersthersteller in seiner wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit, denn der Nachahmer sabotiere so systematisch den Erwerb eines wettbewerblichen Besitzstandes[86].

In den Nachahmungsnormalfällen wird regelmäßig Täuschungs*absicht* des Nachahmers verlangt[87]. Der Nachweis objektiver Verwechslungsgefahr durch die enge Anlehnung an das Modell ist jedoch hinreichendes Indiz für die Täuschungsabsicht[88].

bb) Dieser faktischen Einschränkung des subjektiven Erfordernisses Rechnung tragend, wird in anderen Urteilen das subjektive Unlauterkeitsmerkmal darin gesehen, daß der Nachahmer das verwechslungsfähige Erzeugnis in den Verkehr bringt, ohne sich um die Verwechslungsgefahr zu kümmern und ohne das ihm zumutbare zur Beseitigung der Verwechslungsgefahr zu unternehmen. Dabei ist allerdings weniger an eine unterscheidende Kennzeichnung, sondern an eine abweichende Gestaltung gedacht. Wieder in anderen Entscheidungen ist auf das Vorliegen subjektiver Unlauterkeitsmerkmale ganz verzichtet[89].

---

85 Besonders *Callmann*, MuW 36, 291, 292 sieht im Verschulden das entscheidende Kriterium, wonach sich unlautere und lautere Wettbewerbshandlungen unterscheiden lassen.

86 Diese Fälle werden auch unter der Bezeichnung „Behinderung" rubriziert, vgl. *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 280; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 291; *Beier*, GR int. 55, 344.

87 So schon das RG in GR 30, 1127, 1129 Elektrolux; RG GR 32, 336, 339 Dekorentwürfe; RG GR 32, 317, 319 Lichtpausmaschinen; RG GR 34, 375, 379 Taylorix; BGH GR 55, 98, 100 Werbeidee; BGH GR 62, 144, 149 Buntstreifensatin I; BGH GR 62, 299, 303 Formstrip; Täuschungsabsicht: BGH GR 58, 500, 504 Mecki Igel; zielbewußtes und planmäßiges Handeln: BGH GR 52, 516, 520 Hummel I; BGH GR 59, 240, 243 Nelkenstecklinge; BGH GR 60, 244, 246 Similischmuck; BGH GR 66, 503, 507 Apfelmadonna. Zielbewußte Annäherung: BGH GR 59, 130, 133 Vorrasur; BGH GR 62, 144, 149 Buntstreifensatin I.

88 Vgl. z. B. BGH GR 54, 337, 339 Radschutz; BGH GR 57, 83, 84 Wasserzähler; BGHZ 21, 266, 270 Uhrenrohwerke.

89 Z. B. RG GR 40, 454, 456 Eßbestecke.

C UWG als Schutz gewerblicher Leistungen

Die letzte Gruppe von Sachverhalten, in denen die Rechtsprechung Argumente für die Sittenwidrigkeit der Nachahmung gesehen hat, beinhaltet – teilweise ausdrücklich eingestanden – den Schutz wettbewerblich besonderer Leistungen.

1. Grundsätzliches Verhältnis zum gewerblichen Rechtsschutz

Im Gegensatz zur teilweise in der Literatur vertretenen These vom inneren Zusammenhang vom UWG und dem gewerblichen Rechtschutz, wonach das UWG lediglich als Ergänzung des gewerblichen Rechtschutzes anzusehen ist, hält die Rechtsprechung am grundsätzlichen Ausgangspunkt, der abschließenden Regelung des Schutzes gewerblicher Leistungen fest[90]. Die Generalklausel des UWG wird zur Lückenfüllung jedoch herangezogen, wenn überdurchschnittliche gewerbliche Leistungen keinen Schutz erlangen können, weil ein gesetzlich vorgesehener Schutz aus objektiven Gründen nicht erlangt werden kann bzw. wirtschaftlich sinnlos wäre oder ein solcher Schutz gesetzlich gar nicht statuiert ist, z. B. weil das Problem im Zeitpunkt der Gesetzgebung noch nicht virulent war[91]. In diesen Fällen soll § 1 UWG die empfundene gesetzliche Lücke schließen. Damit verläßt die Rechtsprechung allerdings ihre These vom aliud des gewerblichen Rechtschutzes gegenüber dem UWG und erweckt eher den Eindruck, als ob der gewerbliche Rechtschutz nur Spezialfälle regle, während § 1 UWG die Generalklausel dazu sei[92].

a) Patentamtslose Zeit

Die erste Fallvariante betrifft ausschließlich die vorübergehende patentamtslose Zeit[93]. In dieser Zeit wurden Nachahmungen für sittenwidrig erklärt, wenn es sich bei den nachgeahmten Erzeugnissen um solche handelte, die unter normalen Verhältnissen Sonderschutz hätten erlangen können, dies aber nicht konnten, weil kein Patentamt mehr existierte. Voraussetzung war aber, daß der Nachahmer dies bei nicht bloß leichtfertiger Prüfung hätte erkennen können. Auf diese Fälle soll, auch weil sie heute keine Bedeutung mehr haben, nicht näher eingegangen werden[94].

---

90 *Elster*, UWG, S. 30.

91 Z. B. die gewerbliche Benützung von künstlerischen Leistungen, wie sie erst durch Schallplatten, Tonband und Film möglich wurde.

92 Vgl. die Kritik bei *Schroeter*, GR 49, 229.

93 Vom 8. 5. 45 bis 30. 9. 49. Ausführlich dazu *Lindenmaier*, GR 49, 309; *Schroeter*, GR 49, 228; *Spengler*, GR 50, 556.

94 *Nerreter*, GR 57, 525, 533 hält gerade diese Fälle als Anschauungsmaterial für besonders wichtig.

b) UWG als Ergänzung des Sonderrechtschutzes

Wichtig ist jedoch die zweite Variante, wonach über § 1 UWG ein dem gewerblichen Sonderschutz gleichstehender und an ihm orientierter Schutz statuiert wird, weil der Sonderrechtschutz als lückenhaft erkannt wurde[95]. Eine ausfüllungsbedürftige Lücke wird angenommen, wenn ein schöpferisches Werk durch Neuheit und Eigentümlichkeit für einen Sonderrechtschutz voll qualifiziert wäre, für ähnliche Erzeugnisse ein solcher Schutz auch existiert. In solchem Fall entspricht es der allgemeinen Rechtsüberzeugung, so heißt es, daß eine solche Leistung der Nachahmung nicht schutzlos preisgegeben wird[96].

Konsequent wird der dann aus § 1 UWG entwickelte Schutz auch zeitlich begrenzt, je nach der Art des Erzeugnisses entsprechend der sachnächsten gesetzlichen Regelung.

2. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale

Vorauszuschicken ist, daß Gegenstand des Schutzes auch hier nur ein Erzeugnis ist, das als wettbewerblich eigenartig qualifiziert werden kann. Lediglich statt des Arguments der Verwechslungsgefahr kommen nun andere Gründe hinzu.

a) Schutz wettbewerblichen Besitzstandes

In einer Reihe von Entscheidungen war von Bedeutung, daß der Ersthersteller mit seiner Leistung sich einen wettbewerblichen Besitzstand erworben hatte, in den der Nachahmer nun eindringt.

aa) Markterschließung

Wenn der Ersthersteller mit seiner Pionierleistung einen neuen Markt erschlossen hat und mit den damit verbundenen hohen Anlaufkosten Vorarbeit geleistet hat, um ein solches Produkt überhaupt absetzen zu können, wird dem Nachahmer ein gehöriger zeitlicher Abstand zugemutet oder zumindest von ihm verlangt, daß er sich mit seiner Nachahmung so weit vom

95 Besonders *Blum*, a.a.O., S. 62 mit der Begründung, daß die Sonderschutztatbestände nur für eine bestimmte Zeit erlassen seien und wirtschaftliche und technische Entwicklungen unberücksichtigt ließen. Zwar bestünde an sich außerhalb der gesetzlichen Regelungen des Sonderschutzes Nachahmungsfreiheit, die Nachahmung vergleichbar qualifizierter Erzeugnisse sei aber rechtsmißbräuchlich und deshalb nach § 1 UWG untersagt. Vgl. auch *Nerreter*, GR 57, 525, 533; *Spielmann*, GR 25, 215; *Rost*, GR 35, 413; *Reimer*, GR 33, 454; *Ulmer*, GR 51, 358. Ausdrücklich gegen diese These *Nolting-Hauff*, MuW 29, 432; *Benjamin*, GR 25, 112. Vorbehalte auch bei *Englert*, a.a.O., S. 302 ff.

96 Vgl. *Nerreter*, GR 57, 525, 534; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 325; *Blum*, a.a.O., S. 62; v. *Gamm*, GR 78, 453, der § 1 UWG ausdrücklich als Ergänzung zu den Immaterialgüterrechten verstanden wissen will.

Original entfernt, daß es dem Pionier für eine Zeitlang ermöglicht ist, seine Leistung ungestört auszunutzen[97].

bb) Ergänzungsbedarf

Dasselbe gilt für die Produktion eines Erzeugnisses, das von vornherein auf Ergänzungsbedarf zugeschnitten ist[98]. So kann z. B. ein Produkt so konzipiert sein, daß erst durch den Zukauf weiterer Teile die Verwendungsmöglichkeiten vielfältiger werden, oder es kann eine Produktstrategie so ausgerichtet sein, daß sie die Sammelleidenschaft der Abnehmer wecken soll, wenn die Ware z. B. als immer weiter ergänzbare Kollektion geplant ist. Das so geschaffene Nachfragepotential soll in diesem Fall gleichfalls wenigstens für eine gewisse Zeit geschützt sein, mit anderen Worten: Der Nachahmer darf sein Erzeugnis nicht als Ergänzung der vorhandenen „Reihe" anbieten, sondern allenfalls ein ähnliches Konzept zu verwirklichen trachten.

cc) Ersatzteile

In anderen Entscheidungen verneint die Rechtsprechung jedoch die generelle Annahme der Sittenwidrigkeit der Nachahmung von Ersatzteilen[99] oder Erzeugnissen, die einen Ergänzungsbedarf als erste geweckt haben[100] und verlangt lediglich, daß der Nachahmer einen erkenntlichen Abstand zum Original halten muß, wenn die Nachahmung nicht sittenwidrig sein soll[101]. Im Ergebnis bedeutet dies jedoch, daß der Nachahmer die Idee zwar kopieren darf. Er ist jedoch gezwungen, eine eigene „Serie" zu entwickeln, die sich zwar am geweckten Bedarf orientieren kann, aber nicht zur Deckung der Nachfrage nach Ergänzung der Produkte des Erstherstellers dienen darf.

b) Andere Ausbeutungsargumente

Ein anderer Gesichtspunkt, der hier eine besondere Rolle spielt, aber auch im Zusammenhang mit der Fallgruppe der Verwechslungsgefahr auftaucht, ist der der Ausbeutung fremder Leistung.

aa) Mühe und Kosten

Anfangs hatte das RG die Ausbeutung eines mit Mühe und Kosten erstellten Arbeitsergebnisses generell als sittenwidrig angesehen, mit dem Ge-

---

97 BGH GR 69, 292, 293 Buntstreifensatin II; RG GR 32, 336, 339 Porzellandekor.
98 BGH GR 64, 621, 624 Klemmbausteine.
99 RG MuW 35, 105 Buchungsformulare; BGH GR 58, 343 Bohnergerät.
100 BGH GR 63, 197, 201 Zahnprothesepflegemittel; BGH 66, 503, 508 Apfelmadonna; BGH GR 70, 244, 246 Spritzgußengel; BGH GR 70, 250, 253 Hummel III.
101 BGH GR 70, 244, 246 Spritzgußengel; BGH GR 62, 144, 146 Buntstreifensatin I.

danken, daß dem Ersthersteller billigerweise auch die Früchte seiner Anstrengung zugute kommen müßten[102]. Auf die Kritik in der Literatur, daß der Aufwand der Herstellung kein Kriterium für die Schutzwürdigkeit sein könne, ist die Rechtsprechung von diesem Argument abgerückt[103],mit halbem Herzen nur, denn in späteren Entscheidungen ist wieder davon die Rede, daß ein Gewerbetreibender, der zwangsläufig für seine Erfolge Mühe und Kosten aufwenden müsse, im allgemeinen Interesse am Anreiz zur Entwicklung fortschrittlicher Leistungen vor der Ausbeutung durch Nachahmer zu schützen sei. Dieser Gedanke wird auch vom BGH fortgeführt[104]. Ein mit Mühe und Kosten erworbenes wettbewerblich eigenartiges Arbeitserzeugnis wird expressis verbis gegen jedermann für eine, von der Arbeitsleistung abhängende begrenzte Zeit absolut vor Nachahmung geschützt. Dies selbst dann, wenn zwar Sonderschutz erreicht werden könnte, dieser aber wirtschaftlich nicht interessant ist, weil die Verwertbarkeit der Leistung nur für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum überhaupt interessant ist, z. B. bei stark modeabhängigen Erzeugnissen[105]. Die Entscheidung, weil charakteristisch für das Postulat eines ergänzenden Leistungsschutzes für wettbewerblich überdurchschnittliche Erzeugnisse, sei hier im wesentlichen kurz zitiert: „Angesichts des umfangreichen Angebots auf dem Modemarkt und der damit verbundenen Schwierigkeiten, aus dem Durchschnittt herausragende Muster und Modelle zu schaffen, erfordert gerade die Gestaltung solcher Erzeugnisse, den mit überdurchschnittlichen Kosten-, Arbeits- und Zeitaufwand verbundenen Einsatz fähiger und einfallsreicher Gestalter. Der Unternehmer, der diesen Aufwand in der Hoffnung auf sich nimmt, daß das gelungene Muster oder Modell beim Publikum Anklang findet und der mit dem Absatz erzielte Gewinn den finanziellen Einsatz rechtfertigt, kann erwarten, daß seine Mitbewerber zumindest in der Sai-

102 Vgl. RGZ 73, 294, 297 Schallplatten; RGZ 111, 254 Käthe Kruse; RGZ 115, 180, 183 Puppenjunge; so auch *Reimer*, GR 33, 454, allerdings mit dem Vorbehalt, daß ein überdurchschnittliches Erzeugnis geschaffen wurde.

103 Vgl. z. B. *Nerreter*, GR 36, 292; *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 368; *v. Godin*, Wettbewerbsrecht, § 1, Anm. 94; *Nolting-Hauff*, MuW 29, 455; *Nerreter*, GR 57, 525 f.; *Englert*, a.a.O., S. 301; *Möhring*, in: Festschrift für *Hämmerle*, S. 234; vgl. dazu RGZ 135, 385, 394 f. künstliche Blumen; RG GR 32, 336, 339 Porzellandekor; RGZ 114, 41 Hosenträger; BGH GR 53, 40 Gold-Zack; BGH GR 55, 598, 600 Werbeidee; BGH GR 64, 31 Petromax II; BGH GR 66, 503, 508 Apfelmadonna.

104 BGH GR 63, 197 Zahnprothesepflegemittel; BGH GR 63, 575, 577 Vortragsabend; BGH GR 66, 617, 620 Saxophon; BGH GR 68, 591, 592 Pulverbehälter; BGH GR 69, 618, 620 Kunststoffzähne; BGHZ 60, 168 Modeneuheit.

105 BGHZ 60, 168 Modeneuheit. Besonders *Beier*, GR int. 55, 337, 342 f. unterstützt das Argument. Maßgebend ist nach seiner Ansicht, ob ein durchschnittlich begabter Wettbewerber das Produkt ebenfalls nur unter Mühe und Kosten hätte schaffen können. Bei Modeerzeugnissen will er den gelungenen Wurf entsprechend belohnen.

son, in der er mit der Modeneuheit auf den Markt kommt, keine Nachahmungen anbieten; denn gerade bei Artikeln besonderer geschmacklicher Eigenart ist er darauf angewiesen, den daraus zu erzielenden Gewinn möglichst in einer Saison zu realisieren, da der Artikel bereits in der nächsten Saison als veraltet gelten kann. Der wettbewerbliche Vorsprung, der grundsätzlich dem gebührt, auf dessen Initiative das Muster zurückgeht, wird diesem abgeschnitten, und er wird um die Früchte seiner Arbeit gebracht, wenn Mitbewerber ihm in der gleichen Saison mit identischen Nachahmungen – unter Einsparung der Entwurfkosten – Konkurrenz machen. Solche Nachahmungen sind daher nach § 1 UWG unzulässig"[106].

bb) Preisunterbietung, Bereicherung

Indiz für die Sittenwidrigkeit der Nachahmung war in anderen Fällen, wenn der Nachahmer, der eigene Aufwendungen zur Entwicklung des Produkts erspart hat, durch Preisunterbietung den Ersthersteller vom Markt zu verdrängen suchte, obwohl ihm die Preisunterbietung nur durch die Ausnutzung der fremden Leistung möglich war. Die so ermöglichte Bereicherung auf Kosten der Leistung des Ersthersteller, der durch die Preisunterbietung erst recht um die Früchte seiner Arbeit gebracht wird, wird als sittenwidrig verboten[108].

Inhaltlich dasselbe ist gemeint, wenn in anderen Entscheidungen das Verschieben der wettbewerblichen Ausgangslage durch die Ausnutzung fremder Leistung als unlauter angeprangert wird.

Im Gegensatz dazu wurde in anderen Fällen betont, daß die Ersparnis von Aufwendungen typischerweise mit der Nachahmung verbunden sei und deshalb nicht allein den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen könne[109].

---

106 BGHZ 60, 168 Modeneuheit; BGH GR 72, 189, 190 Wandsteckdose.

107 Gerade in den Nachahmungsfällen, in denen der Nachahmer aufgrund der gesparten eigenen Aufwendungen einerseits vergleichsweise hohe Gewinne erzielen und andererseits gleichwohl den Originalhersteller im Preis unterbieten kann, sind bereicherungsrechtliche Argumente häufig zu finden, vgl. die Rechtspr. unten Fn. 108. Ausschließlich mit den Kategorien des Bereicherungsrechts will *Callmann* das Nachahmungsproblem im UWG lösen, GR 28, 250, 251. Dagegen *Isay*, GR 28, 421, 426; *Smoschewer*, GR 29, 381, 388 die zu recht darin nur eine Verlagerung, aber keine Lösung des eigentlichen Problems sehen.

108 RGZ 135, 385, 395 künstliche Blumen; RG GR 32, 336, 339 Porzellandekor; BGH GR 53, 297, 299 Zyklotest; BGH GR 59, 240, 243 Nelkenstecklinge; BGHZ 60, 168 ff. Modeneuheit. In der Literatur vertreten von *Callmann*, GR 28, 250, 251; *Gewiese*, GR 36, 296; *Schroeter*, GR 49, 232.

109 Vergl. BGH GR 66, 617 Saxophon; BGH GR 64, 280, 283 Petromax; BGH GR 57, 291 Europapost.

c) Beeinträchtigung des Innovationsanreizes

Ein anderes Argument zur Rechtfertigung des Leistungsschutzes aus § 1 UWG ist der Hinweis auf eine zu befürchtende Dämpfung oder gravierende Beseitigung des Anreizes zu innovatorischen Anstrengungen dann, wenn man zuläßt, daß wettbewerblich reizvolle und erfolgreiche Produkte, die in der Regel nur unter großem Aufwand verkaufsbereit entwickelt werden können, nachgeahmt werden, bevor überhaupt die Unkosten amortisiert und ein angemessener Unternehmergewinn erwirtschaftet ist.

Der Innovationsanreiz, der darin besteht, daß der initiative Unternehmer regelmäßig eine Zeitlang ein natürliches Monopol aufgrund seines zeitlichen Vorsprungs innehat, wodurch besonders hohe Gewinnerwartungen gerechtfertigt sind, werde den aktiven Unternehmen genommen, wenn die identische Nachahmung wettbewerblich origineller, aber sonderrechtlich nicht geschützter Produkte ungehemmt zugelassen würde[110]. Dadurch entstehe auch eine Gefahr für den Wettbewerb überhaupt[111].

D Zusammenfassung

Ausbeuten fremder Leistung, oder blumiger ausgedrückt, schmarotzen an fremden Früchten ist der Hauptvorwurf des Nachahmungsschutzes nach § 1 UWG. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Rufausbeutung und der Leistungsausbeutung:

Rufausbeutung kennzeichnet die Fälle, in denen der Nachahmer einer Ware, die der Ersthersteller mit Aufwand entworfen und für deren Bekanntheit er sich durch Originalität und Qualität verdient gemacht hat, nicht lediglich die Idee auswertet und eigenen good will zu erwerben versucht, sondern die konkretisierte Idee, das Produkt selbst, genau nachahmt und die dadurch begründete Verwechslungsgefahr ausnützt und sich so in fremde Absatzerfolge einhängt.

Leistungsausbeutung kennzeichnet den Aspekt, daß der Nachahmer eine qualitativ hervorragende Leistung, die mit erheblichem Aufwand erbracht worden ist, übernimmt und damit den wirtschaftlichen Erfolg der Leistung verringert oder verhindert. Dies entweder deshalb, weil die Leistung durch die Zunahme des Angebots wertlos wird (Modeerzeugnisse) oder weil die Entwicklungskosten noch nicht amortisiert werden konnten

110 BGH GR 66, 617, 620 Saxophon; BGHZ 60, 168 ff. Modeneuheit; BGH GR 72, 189, 190 f. Wandsteckdose.

111 Vgl. z. B. *Gewiese*, GR 35, 633, 635; ders., GR 36, 296, 298; *Reimer*, GR 33, 454 unter Bezug auf RGZ 120, 94 Huthaken; *Osterrieth*, GR 35, 132; *Seligsohn*, GR 26, 248; *Smoschewer*, GR 29, 381, 384; *Spengler*, WuW 55, 599.

(Raubpressungen von Schallplatten), weil unterstellt wird, daß dann kein Anreiz zu aufwendigen Initiativen besteht, wenn die Zulässigkeit der Nachahmung wettbewerblich interessanter Produkte für aktive Unternehmer einen lohnenden Markterfolg von vornherein unwahrscheinlich erscheinen läßt. Der darin begründeten Gefahr für den Wettbewerb selbst soll durch den wenn auch zeitlich begrenzten Schutz vor Nachahmung eines jeden wettbewerblich eigenartigen Produktes begegnet werden.

§ 3 Die Stellungnahmen der Literatur

Die in der Literatur zu § 1 UWG aufgestellten Richtlinien decken sich zum Teil mit denen der Rechtsprechung[112] und sind im einzelnen nicht weniger kontrovers.

1. Unterscheidung technischer und nichttechnischer Erzeugnisse

Die von der Rechtsprechung getroffene Unterscheidung zwischen technischen und nichttechnischen Erzeugnissen wird zum Teil von der Literatur unterstützt: technische Neuerungen seien regelmäßig nur durch die organische Fortentwicklung früherer Erkenntnisse möglich. Weiter bestünde, anders als bei ästhetischen Erzeugnissen, ein elementares volkswirtschaftliches Interesse am technischen Fortschritt. Von daher rechtfertige sich eine unterschiedliche Behandlung[113].

Andere halten eine Trennung im Ansatz nicht für gerechtfertigt[114] mit dem Hinweis, daß die Annahme, auf nichttechnischem Bereich gäbe es keine organischen Fortentwicklungen, eine unrichtige Hypothese sei. Auch im ästhetischen Bereich gibt es danach eine der „organischen Fortentwicklung" der Technik vergleichbare Entwicklung (Stilwandlungen und dgl.[115]). So arbeitet auch jeder Künstler mit den Erfahrungen, die andere von ihm gemacht haben. Als Beispiel sei hier nur die Perspektive in der Malerei er-

---

112 Dagegen entschieden bereits *Isay*, GR 28, 421, 422; *Schroeter*, GR 49, 230, 232; *Nolting-Hauff*, MuW 30, 388; *Schanze*, MuW 29, 49, 53; *Hoffmann*, GR 32, 132, 136; *Nerreter*, GR 57, 525, 526; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 195; *Hamann*, GR 61, 171, 173.

113 *Reimer*, GR 33, 454 ff.

114 Bereits *Osterrieth*, GR 17, 192; ders., GR 25, 131; *Seligsohn*, GR 26, 240; *Cahn*, GR 25, 335; *Benjamin*, GR 25, 116; *Respondeck*, GR 26, 459; *Alexander-Katz*, GR 26, 373; *Callmann*, Wettbewerbsrecht, § 1, Anm. 48; a. A. *Nerreter*, GR 36, 290, 294.

115 *Schroeter*, GR 49, 228, 231.

wähnt. Kunst arbeitet heute nach anderen Gesichtspunkten als früher; Kunstgewerbe, Design, Werbung oder Gebrauchsgegenstände zeigen heute ein anderes Gesicht als früher. Deshalb besteht in gleicher Weise ein Interesse der Mitbewerber wie der Abnehmer daran, daß die Möglichkeit, sich an neue Entwicklungen, an sich abzeichnende Änderungen des Zeitgeschmacks anzupassen, so wenig wie möglich beschnitten wird. Aus demselben Grund ist auch der sonderrechtliche Schutz nichttechnischer wettbewerblicher Leistungen auf eine bestimmte Zeit begrenzt[116]. So ist dem öffentlichen Interesse an der baldigen Verwertbarkeit wettbewerblich interessanter Neuerungen auf technischem wie nichttechnischem Gebiet auch im gewerblichen Rechtschutz Rechnung getragen.

Bedeutung gewinnt die Frage danach, ob es sich bei der Nachahmung um ausschließlich technisch bedingte oder um andere Merkmale handelt, jedoch dann, wenn es um Maßnahmen geht, die ein Nachahmer zur Vermeidung einer eventuell bestehenden Verwechslungsgefahr treffen muß[117]. Bei technisch bedingten Merkmalen wird dem Nachahmer das Ausweichen auf eine andere unausgereifte Methode nicht zugemutet, während bei ausschließlich gestalterischen Merkmalen der Nachahmer auf andere Gestaltungsmöglichkeiten verwiesen, die genaue Nachahmung für unzulässig gehalten wird[118].

2. Grundsatz der Nachahmungsfreiheit

Über die grundsätzliche Nachahmungsfreiheit besteht in der Literatur Einigkeit[119]. Als einzige Ausnahme hielt *Smoschewer* die genaue Nachah-

---

116 Vgl. dazu i. E. die Begründungen zum Urheberrecht und zum Geschmacksmusterrecht.

117 Ausdrücklich für eine unterschiedliche Behandlung *Gewiese*, GR 35, 633, 642; *Osterrieth*, GR 25, 131; *Reimer*, GR 33, 454; *Spengler*, WuW 55, 599; *Seligsohn*, GR 26, 248. Gegen eine unterschiedliche Behandlung mit dem Hinweis, daß auch die Verfechter einer differenzierten Behandlung beide Sachverhalte gleich behandeln *Isay*, GR 28, 421 ff.; *Nolting-Hauff*, MuW 30, 388; *Hoffmann*, GR 32, 132, 136; *Nerreter*, GR 57, 525, 526; *Schroeter*, GR 49, 230, 232.

118 Z. B. *Seligsohn*, GR 26, 248, der auf den „ästhetischen Überschuß" einer technischen Gestaltung abstellt. Aus der Rechtspr. z. B. BGH GR 70, 250, 253 Hummel; BGH GR 69, 292, 293 Buntstreifensatin I; BGH GR 70, 244, 246; BGH GR 67, 315, 317 skai cubana; BGH GR 72, 546, 547 Trainingsanzug.

119 Als Beisp. nur *Osterrieth*, GR 25, 131; *Seligsohn*, GR 26, 240. Vergl. auch *Hubmann*, GR 75, 236; *Schönherr*, GR int. 75, 237. Das vitale Interesse an der Freiheit des Wettbewerbs und besonders auch des Nachahmungswettbewerbs betonen *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, § 1, Anm. 88; vgl. *Schramm*, Grundlagenforschung, S. 75 ff., 218 ff.; bereits *Nolting-Hauff*, MuW 29, 430.

mung grundsätzlich für verboten, weil sie nicht Fortschritt, sondern gerade Stillstand bedeute und daran kein öffentliches Interesse bestehe[120].

3. UWG als Leistungsschutz

Hinsichtlich der besonderen Umstände, die im Einzelfall die Nachahmung unlauter machen, gibt es zwei Meinungsströmungen. Während die eine einen Leistungsschutz über § 1 UWG ganz ablehnt[121] und nur auf die Vorwerfbarkeit der Wettbewerbshandlung abstellt, wird von anderen ausdrücklich ein ergänzender Leistungsschutz in Anlehnung an die gewerblichen Schutzrechte befürwortet[122]. Im Ergebnis findet man trotz der verschiedenen Ausgangspunkte jedoch kaum Unterschiede, denn der Gedanke, daß eine wettbewerblich eigenartige besondere Leistung Schutz verdiene, findet sich wieder in dem handlungsbezogenen Vorwurf der Ausbeutung, des Schmarotzens an fremdem Besitzstand usw.

4. Fallgruppen

So finden sich die von der Rechtsprechung aufgestellten 4 Fallgruppen auch in der Literatur wieder. Soweit sich keine Besonderheiten ergeben, brauchen sie deshalb nicht im einzelnen dargestellt zu werden.

a) Vermeidbare Herkunfttäuschung, Ausbeuten fremder Leistung

Als sittenwidrig wird die Nachahmung dann angesehen, wenn ein Wettbewerber den wettbewerblichen Besitzstand eines anderen in subjektiv vorwerfbarer Weise ausbeutet und ihm ein anderes Verhalten zumutbar ist[123]. Dabei muß das Ausbeuten eben dadurch ermöglicht werden, daß der Verkehr das nachgeahmte Produkt dem Betrieb des Erstherstellers zuord-

---

120 GR 29, 381, 386.

121 Z. B. *Schroeter*, GR 49, 289; *Gewiese*, GR 36, 296; *Schramm*, GR 37, 435.

122 *Ulmer*, GR 70, 358; *Hubmann*, GR 75, 230, 235 f.; *Callmann*, GR 27, 217, der vom Persönlichkeitsrecht als geschütztem Rechtsgut ausgeht; vgl. auch *Nerreter*, GR 36, 292.

123 Darunter sind alle Fälle zusammengefaßt, die z. T. als Herkunfttäuschung (*Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 349), z. T. als Schmarotzen an fremdem Besitzstand bezeichnet werden (*Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 274 ff.; *Tetzner*, JR 65, 6, 7).

net, weil der Nachahmer nicht entweder überdeutlich sein Produkt kennzeichnet oder – so die herrschende Meinung – in den kennzeichnenden Merkmalen von der Gestaltung abweicht.

aa) Wettbewerblicher Besitzstand

Wettbewerblicher Besitzstand soll dann vorliegen, wenn das nachgeahmte Erzeugnis verkehrsbekannt ist, d. h. wenn der Verkehr Herkunfts- und[124] Gütevorstellungen hinsichtlich des nachgeahmten Erzeugnisses entwickelt hat bzw. entwickeln konnte[125]. Dabei ist nicht etwa Verkehrsgeltung i. S. des § 25 WZG verlangt. Dasselbe ist gemeint, wenn statt dessen wettbewerbliche Eigenart, ein eigenartiges und überdurchschnittliches Erzeugnis verlangt wird. Beides dient der Abgrenzung zur sog. Dutzendware, bei der der Verkehr keine Herkunfts- und Qualitätsvorstellungen entwickelt[126]. Nicht ist etwa damit Eigentümlichkeit i. S. des gewerblichen Rechtschutzes gemeint.

bb) Ausbeutung

Mit der Herstellung einer verwechselbaren Nachahmung beutet der Nachahmer die fremde Leistung aus. Auch hier wird, wie bei der Rechtsprechung, nochmals darauf hingewiesen, daß bloße Warenverwechselbarkeit nicht ausreicht. Bei Massen- und Dutzendwaren ist eine für die Kaufentscheidung relevante Herkunftsverwechslung überhaupt nicht zu befürchten[127]. Bei diesen ist eine rechtlich relevante Verwechslungsgefahr deshalb überhaupt nicht denkbar.

cc) Subjektive Anforderungen

Bei den subjektiven Voraussetzungen gehen die Anforderungen ebenso wie bei der Rechtsprechung von Täuschungs*absicht*[128] bis zu der grundsätzlichen *Vermutung* der Täuschungsabsicht bei Vorliegen objektiver Ver-

---

124 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 390, 397, dagegen Anm. 392, 394; *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 278.

125 Die Sachverhalte bewegen sich meist im Vorfeld des § 25 WZG. Vgl. *Seiter*, BB 67, 258; *Wilde*, MA, 738; *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 278; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 354.

126 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 255; *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 277; *Englert*, a.a.O., S. 299; *Mohring*, in: Festschrift für *Hammerle*, a.a.O., S. 234; *Lindenmaier*, BB 58, 601; *Schramm*, WuW 56, 199.

127 *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 278; *Seiter*, BB 67, 257, 258; BGH GR 63, 152, 155 Rotaprint; BGH GR 66, 617, 619 Saxophon; vgl. die Kritik, dazu *Lindenmaier*, BB 58, 601; *Hillig*, GR 29, 247, 254.

128 *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 287 f.; *Gewiese*, GR 36, 296, 298; *Mohring*, in: Festschrift für *Hammerle*, a.a.O., S. 241; *Hubmann*, GR 75, 232; *Schroeter*, GR 49, 230, 233; *Callmann*, MuW 30, 291, 292; *Alexander-Katz*, BB 57, 301, 304.

wechslungsgefahr[129]. Andere lehnen konsequent ein subjektives Merkmal für den Unterlassungsanspruch völlig ab[130].

dd) Zumutbarkeit anderen Verhaltens

Die Zumutbarkeit anderen Verhaltens ist auch in der Literatur der Sache nach das wichtigste Merkmal[131]. Bei technisch funktionalen Merkmalen wird dem Nachahmer eine Abweichung nicht zugemutet, weil einmal technische Konstruktionen in besonderer Weise auf den Kenntnissen der Vergangenheit aufbauen, sich selbst andere Gedanken zunutze machen und zum anderen, weil ein größeres Interesse an der Verbreitung von technischem know how besteht[132]. Anders bei nichttechnischen Merkmalen, wo eine abweichende Gestaltung weniger risikoreich ist und sich eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten anbietet. Dabei muß jedoch gesagt werden, daß *Gewiese* § 1 UWG erklärtermaßen als Ergänzungstatbestand zu § 1 WZG versteht[133]. Konsequent ist er deshalb der Auffassung, daß, wenn die Gefahr der Irreführung der Abnehmer zu befürchten ist, dem Nachahmer das Unterlassen einer verwechselbaren Nachahmung immer zumutbar sei[134].

ee) Zumutbare Maßnahmen bei Verwechslungsgefahr

Kontrovers ist die Antwort auf die Frage, was bei Vorliegen der Voraussetzungen zu geschehen hat; welche Maßnahmen also dem Unternehmer zuzumuten sind, der trotz möglicher anderer Gestaltungsformen eine verwechslungsfähige Nachahmung eines eigenartigen Erzeugnisses auf den Markt bringt. Muß die Nachahmung ganz unterlassen werden[135], muß eine andere Gestaltung mit deutlichem Abstand zur Vorlage gewählt werden[136], oder muß die Ware lediglich so gekennzeichnet werden, daß Verwechslungen ausgeschlossen werden[137]?

---

129 *Schramm*, WuW 56, 204 ff., bei Verkehrsgeltung reicht die Kenntnis der Verwechslungsgefahr aus; *Gewiese*, GR 36, 296; ders., GR 35, 633; *Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 535 ff. m. w. Nachw.

130 *Lindenmaier*, GR 49, 309, 310; *Nolting-Hauff*, MuW 30, 388, 389; *Reimer*, GR 33, 454, 463; *Hamann*, GR 61, 171, 172; *Nerreter*, GR 57, 525, 532; bes. *Tetzner*, GR 50, 130; *Max*, a.a.O., S. 78; *Schroeter*, WRP 68, 125, 129.

131 Vgl. *Tetzner*, JR 65, 6, 7; *Möhring*, in: Festschrift für *Hämmerle*, S. 231, 246; *Seiter*, BB 67, 257, 258; *Max*, a.a.O., S. 66.

132 Z. B. *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 279; *Spengler*, WuW 55, 599 m. w. Nachw.

133 GR 35, 636.

134 wie Fn. 133.

135 so *Gewiese*, a.a.O., Fn. 133, wenn trotz aller Maßnahmen noch Verwechslungsgefahr besteht; a. A. *Max*, a.a.O., S. 68.

136 Vgl. z. B. *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 290; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 403.

137 So z. B. *Smoschewer*, GR 29, 381 ff.; in der Regel wird abgestuft nach Grad der Anlehnung und Möglichkeit der Vermeidung von Verwechslungen verlangt, daß

Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der Hinweis von *Nolting-Hauff*[138], daß dem Ersthersteller, dem am Ausbau seines guten Rufs bzw. des guten Rufs seiner Waren gelegen ist, unbenommen gewesen wäre oder ist, sich der vielfältigen Kennzeichnungsmittel zu bedienen (Firma, Warenzeichen, Ausstattung). Dessen Nachlässigkeit dürfe nun nicht dazu führen, daß einem Nachahmer verboten wird, ein gleiches, sogar ein verwechslungsfähiges Gut herzustellen und in Verkehr zu bringen.

b) Zusammenhang einzelner Argumente

Eingeschlossen in die erste Fallgruppe sind also zwei Aspekte, die z. T. als eigenständige Fallgruppen behandelt werden, letztlich jedoch nur zwei Seiten derselben Münze sind.

Dem Vorwurf der Täuschung der Abnehmer auf der einen Seite korrespondiert auf der anderen Seite der Vorwurf der Ausbeutung einer fremden Leistung. Einmal wird darauf abgestellt, daß die Abnehmer die Nachahmung des bekannten Erzeugnisses als ebenfalls von dem gleichen Unternehmer stammend ansehen, zum anderen richtet sich der Blick auf die Wirkung der Verwechslungsgefahr auf den Unternehmer, dessen Leistung ausgebeutet wird, gerade weil der Nachahmer auch kennzeichnende (gerade die Verwechslungsgefahr begründende) Merkmale der Ware nachahmt[139]. Das Aufwandsargument, das bei der Fallgruppe des Ausbeutens, Schmarotzens an fremder Leistung hervorgehoben wird, hat insoweit hier keine eigenständige Bedeutung[140]. Es hat Bedeutung nur als Resultante der Verwechselungsgefahr bzw. der aktuellen Verwechslung der Waren durch die Abnehmer.

c) Behinderung

Reimer[141] hat neben den auch in der Rechtsprechung aufgezählten Fallgruppen noch eine weitere unter dem Stichwort Behinderung gebildet.

Selbst ohne Vorliegen von Verwechslungsgefahr ist danach die systematische oder planmäßige Nachahmung einer ganzen Produktpalette eines anderen Wettbewerbers als unlauter verboten[142].

---

die Nachahmung gekennzeichnet wird, erst als ultima ratio dann eine abweichende Gestaltung.

138 MuW 30, 390.

139 In der planmäßigen Nachahmung wird eine wettbewerbswidrige Behinderung gesehen.

140 *Nerreter*, GR 57, 525, 534; *Schramm*, WuW 56, 199, 204; *Max*, a.a.O., S. 134; *Neuhaus*, a.a.O., S. 102; *Möhring*, in: Festschrift für *Hämmerle*, S. 231, 237; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 418.

141 *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 291.

142 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 418; *Spengler*, WuW 55, 613; *Lindenmaier*, GR 49, 310.

5. Ungerechtfertigte Bereicherung

Einen ganz anderen Ansatz wählen *Callmann*[143], *Schroeter*[144] und *Gewiese*[145]. Sie betrachten die Nachahmung im Wettbewerb unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung[146]. Wer die mit Mühe und Kosten erworbene Leistung eines anderen sich aneignet und dadurch eigene Aufwendungen erspart, sich dadurch ermöglicht, den Preis des Erstherstellers zu unterbieten, handelt sittenwidrig[147], weil er sich durch die Ausnutzung fremder Leistung (Ausnutzen der Verkehrsbekanntheit der nachgeahmten Erzeugnisse durch möglichst genaue Imitation) ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschafft. Dahinter steht der Gedanke, daß sich in diesen Fällen der Nachahmer einer fremden Leistung ganz bediene, ohne selbst Anstrengungen zu unternehmen. Hintergrund ist letztlich der Gedanke des Leistungswettbewerbs, verstanden als inhaltliche Anforderung an das Verhalten eines Wettbewerbers.

6. Der Zeitfaktor bei der Nachahmung

Ein Argument, das in jüngster Zeit auch von der Rechtsprechung übernommen worden ist, ist das Argument des Zeitfaktors bei der Nachahmung. Unter diesem Stichwort sind zwei Gesichtspunkte vermengt:

a) Das natürliche Monopol

Zwischen der ersten gewerblichen Verwertung einer Idee, dem Zeitpunkt, in dem der Erstherstellter sein Produkt auf den Markt bringt und dem Zeitpunkt, in dem der Nachahmer seine vertriebsfertige Imitation auf den Markt bringen kann, liegt in der Regel eine Zeitspanne, die je nach Produkt unterschiedlich lang ist. Je komplexer das Erzeugnis, je mehr know how für die Herstellung erforderlich ist, desto länger dauern Entwicklung und Herstellung der Imitation. In dieser Zeit ist dem Erstherstellter möglich, seine Idee ausschließlich zu benutzen. Als Alleinanbieter bietet ihm das die Möglichkeit, durch unbeeinflußte Preisgestaltung Entwicklungskosten zu amortisieren und darüber hinaus einen Vorsprungsgewinn zu erzielen. Soweit nun die Nachahmung – sei es wegen der Art des Erzeugnisses oder wegen der Art und Weise der Nachahmung (unmittelbare

143 GR 28, 251; ders., Wettbewerbsrecht, S. 116.
144 GR 49, 235.
145 GR 36, 300, 301.
146 Vgl. oben Fn. 107.
147 Vgl. *Beier*, GR int. 55, 337, 344; *Schramm*, WuW 56, 199, 205.

Verwendung der nachgeahmten Leistung selbst) – diese Zeitspanne verkürzt, wird § 1 UWG herangezogen, um den sonst „natürlichen zeitlichen Vorsprung" künstlich im Wege eines Nachahmungsschutzes nachzuschaffen. Dadurch soll einer Gefährdung wirtschaftlichen Fortschrittes und des Wettbewerbs überhaupt vorgebeugt werden[148].

b) Rechtliche Zuordnung der Leistung

Der zweite Gesichtspunkt ist folgender:

Ausgangspunkt ist die These, daß jeder von seiner Leistung leben müsse und die Rechtsordnung jedem entweder den Wert seiner Leistung zuordne oder ihm wenigstens einen angemessenen Lohn sichern wolle[149]. Wenn und soweit der bestehende Sonderschutz sich als unzulänglich erweise, solle mit Hilfe der Generalklausel diesem allgemeinen Rechtsgedanken zum Durchbruch geholfen werden[150]. Nicht nur in den gewerblichen Sonderrechtschutzgesetzen, sondern auch in der Generalklausel finde sich dieser Gedanke[151].

aa) Besonders *Nerreter* wendet sich dagegen, daß der nur historisch erklärbare Dualismus zwischen den kasuistisch ausgestalteten Sonderschutzgesetzen und der Generalklausel dogmatisch fundiert werde[152]. Beide entstammten derselben Wurzel, weswegen die Zielsetzung des gewerblichen Rechtschutzes durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs planvoll ergänzt werden müsse. Es sei nicht einzusehen, warum nicht neben dem Sonderschutz noch ein anderer Schutz gewerblicher Leistungen bestehen könne, der subsidiären Charakter habe, aber sich dann entfalte, wenn der Sonderschutz nicht ausreiche. Eine Ausschließlichkeitsthese finde im Gesetz keine Stütze[153].

Die These eines umfassenden Schutzes gewerblicher Leistungen, deren lediglich besondere Ausprägung die gewerblichen Sonderschutzrechte sind, impliziert auch das Leitbild für den ergänzenden Leistungsschutz: Der

---

148 Vgl. dazu bes. *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 250; ders., GR 75, 230, 236 f.; *Schramm*, WuW 56, 199, 205; ders., Grundlagenforschung, S. 75 ff., 218 ff.; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, § 1, Anm. 89; *Nerreter*, GR 57, 534; *Luchterhandt*, GR 59, 592.

149 *Schramm*, WuW 56, 199, 205 unter Hinweis auf OLG Braunschweig GR 55, 45 Nelkenstecklinge.

150 So ausdrücklich *Hubmann*, GR 75, 230; bereits *Callmann*, GR 28, 251, 254; *Smoschewer*, GR 29, 385, der von der Idee des geistigen Eigentums bestimmt ist; *Nerreter*, GR 36, 290, 293; a. A. *Schramm*, WuW 56, 199, 204; *Benjamin*, GR 25, 111, 112.

151 Vgl. *Nerreter*, GR 57, 534; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, § 1, Anm. 89.

152 *Hubmann*, GR 75, 230, 235; *Nerreter*, GR 36, 290, 293.

153 Vgl. auch *Blum*, a.a.O., S. 118; *Schäfer*, a.a.O., S. 90 ff.

Konflikt zwischen dem Interesse des Originalherstellers an der Belohnung für seine Leistung durch eine wenigstens zeitweilig vor Konkurrenz gesicherte Verwertung seiner Idee und dem der Allgemeinheit an der Freiheit der Nachahmung wird so bewältigt, wie er im Sonderrechtschutz vorgezeichnet ist[154]: Das bedeutet, daß *jede* Leistung, soweit sie eigenartig und überdurchschnittlich ist, ohne Rücksicht auf bisherigen Markterfolg oder Verkehrsgeltung für eine gewisse Zeit vor Nachahmung durch § 1 UWG geschützt sein soll. Der Schutz umfaßt einen Zeitraum, in dem der Erbringer der Leistung erfahrungsgemäß[155] die Möglichkeit hat, durch Verwertung der Leistung die zur Erstellung gemachten Aufwendungen zu amortisieren[156] und darüber hinaus einen angemessenen Lohn zu erhalten. Nach dieser Zeit soll die Nachahmung allerdings ohne Einschränkung gestattet sein, wenn nur der Verwechslungsgefahr vorgebeugt wird.

Auch hier wird jedoch auf subjektive Erfordernisse nicht ganz verzichtet[157]: Der Nachahmer muß wissen, daß der Gegenstand von einem anderen unter erheblichem Aufwand hergestellt worden ist und daß dieser den Aufwand noch nicht amortisiert hat.

bb) Andere[158] wiederum halten ausdrücklich an der unterschiedlichen Struktur und Zielsetzung von UWG und gewerblichem Rechtschutz fest. Sie verstehen den ergänzenden Leistungsschutz nicht als planvolle Ergänzung des Immaterialgüterschutzes und somit als „quasi-Immaterialgüterrecht". Die Regeln des gewerblichen Sonderschutzes (zeitliche Begrenzung, Schadensersatzberechnung usw.) werden nur deshalb entsprechend auf die UWG-Tatbestände angewandt, weil der Nachahmungsschutz des UWG strukturelle Ähnlichkeit aufweise, die eine entsprechende, wenn auch angepaßte Anwendung rechtfertigten.

c) Zusammenfassung

Unabhängig davon, ob das Ergebnis als quasi-Immaterialgüterrecht bezeichnet wird oder ob die Regelungen der gewerblichen Sonderschutzrechte nur als Modell für den UWG-Nachahmungschutz herangezogen werden, bleibt festzustellen, daß auch in der Literatur weitgehend ein ergänzender Leistungsschutz in der Form und Reichweite befürwortet wird, wie er zuletzt vom BGH in der Entscheidung „Modeneuheit" umrissen worden

---

154 Bes. *Hubmann*, GR 75, 235.

155 Vgl. *Hubmann*, a.a.O., Fn. 154, S. 236 je nach Erzeugnis und Gewerbezweig.

156 Wie Fn. 154; *Schramm*, WuW 56, 204, der zwischen 3 Monaten und 2 Jahren den Nachahmungsschutz ansetzen will; *Ulmer-Reimer*, a.a.O., S. 532; vgl. BGHZ 60, 170 Modeneuheit.

157 *Schramm*, WuW 56, 199, 203.

158 *v. Gamm*, GR 78, 453, 454; *Hubmann*, GR 75, 230 ff.

ist[159]. Bedenken gegen eine Ausdehnung des gewerblichen Rechtschutzes über das UWG hat schon *Benjamin*[160] energisch vorgetragen. Auch eine neue Entscheidung zur „sklavischen" Nachahmung[161] deutet mehr Zurückhaltung an.

2. Teil: Wettbewerbliche Wirkungszusammenhänge

Im ersten Teil der Arbeit wurde der Umfang des auf § 1 UWG gestützten Nachahmungschutzes beschrieben. Eines der Hauptargumente für einen ergänzenden Schutz gewerblicher Leistungen – neben den bestehenden Sonderschutzrechten – war, wie dargestellt, daß ein solcher Schutz notwendig sei, um zu verhindern, daß der Bestand des Wettbewerbs überhaupt gefährdet werde. Es könne nicht erlaubt sein, Konkurrenzprodukte quasi identisch nachzuahmen. Dadurch werde dem Nachahmer ermöglicht, das nachgeahmte Produkt zu einem Preis anzubieten, der mangels eigenen Entwicklungsaufwandes trotz ordentlicher eigener Gewinne gleichwohl unter dem des Erstherstellers liegen könne. Den innovatorisch tätigen Unternehmen werde daher jeder Anreiz für künftige Anstrengungen genommen, wenn die Rentabilität von unternehmerischen Innovationsleistungen von vornherein in Frage gestellt sei.

Um die Sinnfälligkeit des Arguments einerseits und die Tragweite eines ergänzenden Leistungsschutzes in dem postulierten Umfang andererseits überprüfen zu können, ist es notwendig, die wettbewerblichen Wirkungszusammenhänge herauszuarbeiten, in die eine Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs in dem von Literatur und Rechtsprechung für notwendig gehaltenen Umfang gestaltend eingreift[1]. Denn über die – für die Rechtsanwendung der Generalklausel sicher erforderliche – Typisierung bestimmter Normenverstöße hinaus, beinhaltet die Rechtsprechung zum ergänzenden Leistungsschutz einen planenden Eingriff in das Verhältnis zwischen Innovations- und Imitationswettbewerb, wenn für alle wett-

159 Zurückhaltender neuerdings OLG Düsseldorf WRP 78, 378 ff.
160 Z. B. GR 26, 186; ders., GR 25, 36 und 111.
161 Vgl. Fn. 159.

1 Eine allgemeine Tendenz zur Ausweitung des Anwendungsbereichs des UWG konstatieren *Rinck*, Festschrift für OLG Celle, a.a.O., S. 162 f.; *Droste*, DB 63, 719, 721 f.; vgl. auch *Völp*, GR 62, 178, 182; *Steindorff*, in: summum ius, S. 59.

bewerblich eigenartigen[2] Erzeugnisse gleichermaßen ein temporärer Schutz statuiert werden solle.

§ 4 Der Gegenstand des UWG[3]

Das Wettbewerbsrecht setzt das Vorhandensein von Wettbewerb voraus. So hat auch das UWG den Wirtschaftsbegriff Wettbewerb als Rechtsbegriff übernommen[4], zunächst ohne zu beschreiben, wie Wettbewerb sein soll.

1. Die Fragestellung

Wie jedes andere soziale Interaktionssystem weist auch der wirtschaftliche Wettbewerb bestimmte Gesetzmäßigkeiten und Funktionszusammenhänge auf, die wesensmäßig gerade mit dem sozialen Phänomen Wettbewerb verbunden sind.

Diese Gesetzmäßigkeiten und Funktionszusammenhänge zu analysieren ist um so wichtiger, als Wettbewerbsrecht wie überhaupt die Rechtsordnung, die das Zusammenleben in der Rechtsgemeinschaft regelt, sich zunächst an dem sozialen Befund von Interaktionssystemen orientiert, diese festigt oder in bestimmter Weise verändert oder aufgrund besonderer Zielvorstellungen gar völlig beseitigen und ersetzen will, indem sie z. B. neue Beziehungsformen entwickelt[4a]. Den Gegenstand, auf den sich die Regelung bezieht, in seinen Wirkungszusammenhängen zu erfassen, ist daher gegenüber der Frage nach dem Regelungszweck vorrangig und deshalb zunächst zu untersuchen[5]. Dabei reicht für den Zweck der Arbeit aus, sich

2 Also für alle wettbewerblich interessanten Produkte vgl. z. B. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 391 ff.; *Ulmer-Reimer*, a.a.O., S. 197 ff., der eher den wettbewerblichen Besitzstand als entscheidendes Kriterium ansieht.

3 Zum Streit um den Schutzgegenstand von UWG und GWB vgl. ausführlich *Fikentscher*, Wettbewerb, S. 152 ff.

4 Zum Problem der Verrechtlichung von Wirtschaftsbegriffen vgl. *Knöpfle*, a.a.O.; *Lukes*, in: Festschrift für *Böhm*, a.a.O., S. 199 ff., 215; *Schmidt-Syaßen*, a.a.O.; *Sauter*, a.a.O., 74 ff. m. w. Nachw.; *Baur*, ZHR 70, 97 ff.

4a Vgl. *Raiser*, in: summum ius, S. 147.

5 Die Bedeutung der Funktionen von Wettbewerb für die Konkretisierung des UWG erkennt auch *Burmann*, der allerdings anhand des Wettbewerbsverhältnisses eigene Kriterien entwickelt, WRP 67, 240, 241; ders., WRP 68, 258, 259; ders., WRP 72, 511. Zur Bedeutung der Kenntnis der Funktionszusammenhänge auch *Lukes*, Festschrift für *Böhm*, S. 215; *Steindorff*, in: summum ius, S. 77; s. auch § 4,3.

schwerpunktmäßig auf die Funktionen von Wettbewerb zu beschränken, die von einem Nachahmungsschutz tangiert werden. Erst wenn die Funktionen von Wettbewerb insoweit herausgearbeitet und auf mögliche Konflikte untersucht worden sind, die eine die Nachahmung betreffende Regelung ggf. beachten müßte, ist im Anschluß danach zu fragen[6], in welcher Weise und mit welcher Zielrichtung das UWG auf den Wettbewerb einwirken will, genauer, ob im Konfliktsfall bestimmte und welche Funktionen von Wettbewerb vom UWG favorisiert werden[7] und in welcher Weise möglicherweise vorhandene immanente Zielkonflikte zu lösen sind. Denn wirtschaftlicher Wettbewerb in der Marktwirtschaft ist kein bloßes Naturereignis, sondern eine vom Recht geordnete Veranstaltung[8]. Daraus erhellt bereits, daß die Wettbewerb betreffenden Normen nicht jeweils isoliert betrachtet werden können, sondern als sich gegenseitig ergänzende und beeinflussende zusammenhängende Ordnungen aufeinander abgestimmt werden müssen[9].

2. Wettbewerb als Prozeß

Mit dem sozialen Phänomen Wettbewerb in dem hier allein interessierenden Bereich wirtschaftlicher Betätigung haben sich in erster Linie die Wirtschaftswissenschaften beschäftigt. Auf die Einzelheiten dort vorfindbarer Differenzierungen kann und braucht hier nicht eingegangen zu werden. Die folgende Darstellung orientiert sich in der Hauptsache an dem Konzept von *Heuss*[10] und *Arndt*[11], das sich wie ein roter Faden durch die neuere Wettbewerbsliteratur zieht[12].

---

6 Siehe dazu unten Teil III.

7 Vgl. *Burmann*, a.a.O., Fn. 5, der allerdings die in der Wettbewerbstheorie erarbeiteten Wettbewerbsfunktionen für rechtlich unbrauchbar hält. Vgl. aber *Raiser*, in: summum ius, S. 147; *Giere*, a.a.O., S. 174 gegen *Burmann*.

8 *Raiser*, in: Summum ius, S. 157.

9 So bereits *Ulmer*, Sinnzusammenhänge, a.a.O.; zur Wechselwirkung zwischen GWB und UWG vergl. auch *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 90; *Mestmäcker*, AcP 168, 1968, 235, 253; *Fikentscher*, Wettbewerb, S. 104, 244 ff.; *Völp*, GR 61, 135, 136; ders., GR 72, 178, 181; *Rinck*, BB 62, 105; *Antoni*, BB 62, 1171, 1172; *Kraft*, a.a.O., S. 216, 246; *Loewenheim*, GR 75, 99; *Ott*, a.a.O., S. 403, 415; *Sack*, GR 70, 493, 500; ders., WRP 75, 65, 71 und 261, 262; *Schmidt-George*, a.a.O., S. 145 m. w. Nachw.

10 In: Allg. Markttheorie, a.a.O., S. 110 ff.; ders., in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 35 ff.

11 *Arndt*, a.a.O., S. 35 ff.; ders., in: Wettbewerbstheorie, S. 246 ff.

12 Vgl. *Prahl*, a.a.O., S. 27 ff.; *Walz*, a.a.O., S. 188 ff.; *Schmidbauer*, a.a.O., S. 278 ff.; *Schumpeter*, a.a.O., Kap. 7.

Charakteristisch und darüber hinaus essentiell für wirtschaftlichen Wettbewerb ist eine zu beobachtende, unaufhörliche Sequenz von Aktionen und Reaktionen, von Vorstoß und Verfolgung der am Markt tätigen Unternehmer, die sich unter der Bedingung der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung autonom entwickelt[13]. Der Wettbewerb der Bahnbrecher und der Nachahmer, wie Vorstoß und Verfolgung auch bezeichnet werden[14] ist deshalb im einzelnen zu beschreiben.

a) Wettbewerb der Bahnbrecher

Ein Unternehmer führt ein neues Produkt ein, entwickelt ein besseres Herstellungsverfahren, verbessert die Qualität eines bekannten Produktes o. a. m. Da er etwas anzubieten hat, was andere – jedenfalls im Augenblick – nicht anbieten können, verschafft er sich durch den Vorstoß einen Wettbewerbsvorsprung. Dieses „natürliche" Monopol ermöglicht ihm – unterstellt, die Initiative erzeugt Nachfrage – eine Sonderrente des eingesetzten Aufwandes[15]; d. h.: Weil der „Bahnbrecher" Preis und Menge des Angebots unabhängig von Mitbewerbern bestimmen kann, weil er über die Befriedigung der Nachfrage nach dem Produkt zunächst allein bestimmen kann, ist ihm bis zum Einsatz des Nachahmungswettbewerbs möglich, besonders hohe Gewinne, sogenannte Differentialgewinne[16] zu erzielen. Wie lange er als Alleinanbieter dieses Leistungsmonopol ausnützen kann, hängt von der Schnelligkeit der Reaktion, von der Flexibilität der Konkurrenten des Unternehmens ab. Je schneller es anderen Unternehmen gelingt, ein adäquates Konkurrenzprodukt anzubieten, desto geringer wird der erzielbare Vorsprungsgewinn.

b) Wettbewerb der Nachahmer

Der Wettbewerb der Nachahmer setzt den Wettbewerb der Bahnbrecher, setzt den wettbewerblichen Vorsprung des Konkurrenten voraus. Hat ein Bahnbrecher ein neues Produkt (i. w. S.) auf den Markt gebracht, das erfolgreich ist oder zu werden verspricht, werden die nicht oder weniger initiativen Unternehmer[17] die Leistung zu imitieren versuchen – einmal, weil sie an dem aus der Neuheit erzielbaren Gewinn partizipieren wollen; zum anderen deshalb, weil sie sonst Gefahr laufen, vom Markt verdrängt zu

13 Vergl. *Arndt*, Schöpferischer Wettbewerb, a.a.O., S. 35 ff.; *Lukes*, in: Festschrift für *Böhm*, S. 219; *Meyer-Cording*, MuW 62, 462.
14 Vgl. *Arndt*, oben Fn. 11, und *Heuss*, oben Fn. 10.
15 *Arndt*, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 34.
16 *Prahl*, a.a.O., S. 32; *Walz*, a.a.O., S. 189.
17 Siehe dazu *Heuss*, Allg. Markttheorie, S. 113 ff.

werden, wenn sie nicht ihrerseits durch eigene Initiative einen erfolgreichen Vorstoß unternehmen. Je mehr Konkurrenten aber das neue Produkt anbieten und sich den Markterfolg teilen, desto stärker wird der Druck auf den Preis und entsprechend sinkt die Sonderrente des Bahnbrechers. Der wettbewerbliche Vorsprung wird mit zunehmender Konkurrenz aufgebraucht. Durch die Aneignung der Anstrengungen des Bahnbrechers durch nachahmende Konkurrenten wird dessen Vorsprung nivelliert. Die individuelle Leistung des Bahnbrechers wird sozialisiert[18]. Der Wettbewerb der Nachahmer verhindert also, daß der Vorsprung dauerhaft wird und zu einer Position wirtschaftlicher Macht ausgebaut werden kann, die dem Bahnbrecher den Ausschluß jeglicher Nachahmung ermöglichen und damit das Ende des Wettbewerbs (jedenfalls auf dem fraglichen Markt) bedeuten könnte. Könnte sich der Bahnbrecher endgültig vor der Nachahmung absichern, z. B. weil das know how besonders kompliziert ist[19], und gibt es auch keine Alternativprodukte als Konkurrenz, kann der Bahnbrecher ein dauerhaftes Monopol begründen, Wettbewerb insoweit auszuschließen. Am Ende des Wettbewerbs der Bahnbrecher steht somit ein Status der Macht[20].

Wettbewerb der Bahnbrecher und Wettbewerb der Nachahmer zerstören sich somit gegenseitig. Beide sind sie aber Teile, Phasen eines Wettbewerbsprozesses und ergänzen sich gegenseitig zu dem, was wir als Wettbewerb bezeichnen. Unter der Bedingung der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung entfalten sich beide, Wettbewerb der Bahnbrecher und Wettbewerb der Nachahmer gleichermaßen.

Der Wettbewerb der Bahnbrecher wird einmal durch die menschliche Neigung zum Originellen getragen[21]. Darüber hinaus liegt ein Anreiz für den Bahnbrecher in der Spekulation, daß der Vorstoß überdurchschnittlichen, wirtschaftlichen Erfolg verspricht, weil er für eine, wenn auch nur vorübergehende Zeit, ein Leistungsmonopol sichert.

Anreiz zur Imitation – ohnehin dem Menschen wie den Tieren angestammt – besteht darin, daß je schneller der erfolgreiche oder erfolgreich scheinende Vorstoß imitiert wird, die Nachahmung um so schneller Teilhabe am Vorsprungsgewinn ermöglicht. Ein anderes Moment, das den nicht initiativen Unternehmer zur Imitation antreibt, ist der Zwang, mit dem technischen und ästhetischen Fortschritt mitzuhalten, um nicht aus dem Wettbewerb ausscheiden zu müssen.

---

18 *Arndt*, Wettbewerb als Aufgabe, S. 37 und 38, dort auch Anm. 4.

19 Von der rechtlich durch Patentrecht und andere gewerbliche Schutzrechte eröffneten Möglichkeit, Nachahmung zu verzögern, einmal abgesehen.

20 Ausdrücklich *Heuss*, a.a.O., Fn. 10.

21 *Arndt*, a.a.O., Fn. 20, S. 43.

c) Voraussetzungen für Wettbewerb

Voraussetzung dafür, daß sich der beschriebene Wettbewerbsprozeß entfalten kann, ist einmal die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung: die Freiheit zur Aktion und Reaktion, zur Innovation und Imitation. Zum anderen ist Voraussetzung für das Funktionieren von Wettbewerb die Freiheit der Abnehmer, entsprechend ihren Bedürfnissen aus der Menge der Angebote das ihnen Günstigste[22] wählen zu können[23].
ginal aufweist, daß sie sich der Handlungsalternative nicht bewußt werden?

3. Funktionen von Wettbewerb[24]

Die Funktionen von Wettbewerb werden herkömmlich eingeteilt in ökonomisch wohlfahrtstheoretische Funktionen einerseits und gesellschaftspolitische Funktionen andererseits[25].

Die ökonomischen Funktionen lassen sich einteilen in

a) die Steuerungs- (Koordinations-) Funktion des Wettbewerbs

Dabei wird weiter unterschieden:

aa) Die Produktionssteuerung,

d. h. der Wettbewerb lenkt die Produktionsfaktoren innerhalb des horizontalen und vertikalen Aufbaus der Produktion in ihre produktivsten Einsatzmöglichkeiten (optimale Faktor-Allokation).

bb) Die Anpassungsflexibilität

Der Wettbewerb erzwingt eine ständige Anpassung der Produktion an sich ändernde Nachfragestrukturen und Herstellungstechniken und begrenzt damit Fehlinvestitionen.

cc) Die Angebotszusammensetzung

Der Wettbewerb steuert Zusammensetzung und Verteilung des Angebots an Gütern jedweder Art nach den Käuferpräferenzen, damit nach individuellen Bedürfnissen.

b) Die Antriebsfunktion, d. h. Durchsetzung technischen (und ästhetischen) Fortschritts bei Produktion und Herstellungsmethoden

---

22 Qualitativ bessere, billigere Erzeugnisse.

23 Auf die Bedeutung der Wahlfreiheit der Abnehmer unter dem Aspekt der Güterabwägung grundrechtlich geschützter Handlungsfreiheiten weisen *Schwamberger*, NJW 61, 1185, 1186; dazu auch *v. Bülow*, a.a.O., S. 87 ff.; *Nordemann*, GR 75, 625, 629.

24 Ausführlich dazu *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 16 m. w. Nachw.; *Hoppmann*, Grundlagen, S. 9, 19 ff.; *Säcker*, Zielkonflikte, S. 14 ff.; *Schmidbauer*, a.a.O., S. 32 ff.

25 Zusammenfassung aus *Möschel*, Wirtschaftsrecht der Banken, S. 338 ff.; vgl. auch *I. Schmidt*, a.a.O., S. 30 ff.; *Kantzenbach*, Funktionsfähigkeit, S. 30 ff.

26 Vgl. *Hoppmann*, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 81 ff.

c) Die Verteilungsfunktion, d. h. Einkommensverteilung nach der Marktleistung
d) Der gesellschaftspolitische Aspekt von Wettbewerb liegt in der Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen durch Verhinderung von wirtschaftlicher Macht.

An den Funktionen von Wettbewerb orientiert sich auch die gesetzliche Entscheidung für Wettbewerb als dezentrales und nicht autoritäres maßgebliches Koordinationssystem und dessen Ausgestaltung[26]. Wie oben beschrieben, ist dem Wettbewerb eine Tendenz zur Selbstauflösung immanent. Eine dadurch bedingte normative Absicherung zur Erhaltung des Wettbewerbssystems hat deshalb über Zielkonflikte zu entscheiden, eine Entscheidung, die je nach Gewichtung der unterschiedlichen Funktionen gestaltend auf den Wettbewerbsprozeß einwirkt[27]. Die Frage nach der Notwendigkeit eines ergänzenden Leistungsschutzes berührt gerade jenen systemimmanenten Konflikt zwischen Vorstoß und Verfolgung, dessen Lösung, je nach Gewichtung, das Wettbewerbssystem entscheidend verändern kann, wie die Untersuchungen zum Patentwesen deutlich machen[28]. Aus diesem Grund erscheint es notwendig, die Zielkonflikte bewußt zu machen, mit denen sich die Entscheidung über ob und wie weit eines Nachahmungschutzes zwangsläufig befassen muß.

§ 5 Zielkonflikte eines Nachahmungsschutzes

Überprüft man anhand der vorher aufgezählten Wettbewerbsfunktionen, unter welchen Gesichtspunkten ein Bedürfnis nach Schutz vor Nachahmung entstehen könnte, so lassen sich zwei Konfliktbereiche feststellen:

1. Kann ein „Zuviel“[29] an Nachahmung möglicherweise den für technischen und ästhetischen Fortschritt unabdingbaren Anreiz zu Innovationen beeinträchtigen?
2. Kann ein „Zuviel“ an Nachahmung die Wahlfreiheit der Abnehmer beeinträchtigen, wenn die Nachahmung soviel Ähnlichkeit mit dem Original aufweist, daß sie sich der Handlungsalternative nicht bewußt werden?

---

27 Vgl. dazu *Mestmäcker*, in: Ev. Staatslexikon, Nr. 4; *Möschel*, Wirtschaftsrecht der Banken, S. 345 f.

28 *Machlup*, Die wirtschaftlichen Grundlagen, a.a.O.; ders., GR int. 61, 373 ff., 473 ff., 524 ff.

29 Dabei wäre zu unterscheiden nach
a) Nachahmungsintensität und
b) Nähe der Produkte

1. Nachahmungsschutz und Innovationsanreiz

a) Nachahmung als Innovationshemmnis

Derjenige, der z. B. ein neues Produkt auf den Markt bringt oder ein neues Herstellungsverfahren entwickelt, das die kostensparendere oder qualitativ bessere Herstellung bekannter Erzeugnisse ermöglicht, erhöht durch seine Leistung – obwohl selbst nur am privatwirtschaftlichen Erfolg orientiert – gleichzeitig das gesamtwirtschaftliche Wissen. Der Bahnbrecher leistet damit einen gesamtwirtschaftlich wichtigen Beitrag zum technischen bzw. ästhetischen Fortschritt. Wird daher der Anreiz zu Innovationen beeinträchtigt, bedeutet dies zugleich ein Hemmnis für technischen bzw. ästhetischen Fortschritt.

Führt nun die Leistung des Pioniers zum erwarteten Erfolg, weil damit latente oder aktuelle Bedürfnisse der Abnehmer erfüllt werden, droht ihm – je nach Komplexität der gewerblichen Leistung und der davon abhängigen Möglichkeiten, know how geheimzuhalten[30] – früher oder später die Sozialisierung seiner Leistung durch die Nachahmer, die am Erfolg partizipieren. Das kann dazu führen, daß das Interesse an innovatorischen Leistungen erlahmt.

b) Auswirkung einer Beschränkung des Imitationswettbewerbs

Besteht auf der einen Seite ein Interesse daran, den Leistungsanreiz für Pionierunternehmer zu erhalten oder zu fördern[31], so besteht andererseits ein starkes gesamtwirtschaftliches Interesse gerade auch an der Nachahmung der Pionierleistung[32]. Die Nachahmung bewirkt die schnellere Verbreitung des in der Pionierleistung verkörperten technischen oder ästhetischen Fortschritts; sobald Konkurrenten mit einer Nachahmung am Markt erscheinen, kann der Umfang des Angebots, kann der Preis nicht mehr allein durch den Bahnbrecher bestimmt und gesteuert werden. Mit der Zunahme des Angebots verstärkt sich der Druck auf den Preis. Gerade die intensive Nachahmung gewährleistet daneben, daß die vorhandenen Ressourcen optimal ausgenutzt werden: Neuerungen werden schneller verbreitet, die Übernahme technischer und ästhetischer Neuerungen ermöglicht den optimalen, zeitgemäßen Einsatz der Produktionsfaktoren. Nachahmung indiziert, daß eine ständige Neuorientierung und Reaktion auf veränderte Käuferpräferenzen stattfindet. Sie gewährleistet deshalb auch, daß die Be-

30 Siehe dazu oben Fn. 7.

31 Durch Patentschutz, Geschmacks- und Gebrauchsmusterschutz.

32 *Schroeter*, GR 49, 228, 231 war einer der ersten, der auf die Bedeutung der Nachahmer für die Verbraucher hingewiesen hat; vgl. auch *Benjamin*, GR 25, 36 ff. und 111 ff.

dürfnisse der Abnehmer aufgrund des verfügbaren Wissens besser gedeckt werden können. Die Nachahmung verhindert aber auch das Entstehen von Positionen wirtschaftlicher Macht, die durch eine längere Monopolstellung des Pionierunternehmers ermöglicht werden könnten.

Hinzu kommt, daß ein zunehmendes Angebot verschiedener Konkurrenten gleichzeitig die Position des Verbrauchers verstärkt, dem mehr Handlungsalternativen zur Verfügung stehen. Ein funktions- und reaktionsfähiger Nachahmungswettbewerb ist deshalb ebenso wie der möglichst unbehinderte Innovationsanreiz notwendig für eine funktionsfähige Wettbewerbswirtschaft.

Die Entscheidung über Notwendigkeit und Reichweite eines Schutzes vor Nachahmung ist also auf der Basis einer Abwägung zwischen dem gesamtwirtschaftlichen Nachteil einer verzögerten Diffusion und der Erhaltung oder Stärkung des Innovationsanreizes zu treffen[33]. Dabei muß allerdings auch berücksichtigt werden, daß auch die Imitatoren oft den Prozeß technischen oder ästhetischen Fortschritts durch Anschlußerfindungen bzw. Anschlußleistungen selbst bereichern, weshalb die Behinderung der Imitation mit dem Ziel, Innovationen zu fördern gleichzeitig auch das Gegenteil bewirken kann[34]. Gibt es nun eine als optimal begründbare Grenze, bis zu der dem Pionierunternehmer der Ertrag ausschließlich selbst zufließen soll?

2. Optimales Verhältnis zwischen Nachahmungswettbewerb und Innovationswettbewerb

Das Postulat, daß derjenige, der mit Aufwand das Wissen der Allgemeinheit bereichert, mindestens mit Kostendeckung rechnen können soll, ist kaum zu erfüllen.

Drei Punkte wären dafür im voraus zu klären:

1. Wie hoch ist der gesamtwirtschaftliche Nutzen der Leistung, denn dieser muß als Obergrenze des ersetzbaren Aufwandes gelten?
2. In welchem Umfang war der entstandene Aufwand unter optimaler Ausnutzung aller Mittel erforderlich?
3. Wie lange muß der Bahnbrecher vor Nachahmung geschützt werden, um den als notwendig erkannten Aufwand und ggf. einen Gewinn zu erwirtschaften?

---

33 Vgl. *Willgerodt*, in: Festschrift für *Böhm*, S. 695 ff.; *Machlup*, Die wirtschaftlichen Grundlagen, S. 95.

34 So z. B. *Willgerodt*, in: Festschrift für *Böhm*, S. 696.

a) Meßbarkeit des gesamtwirtschaftlichen Vorteils

Schon kaum befriedigend zu bestimmen ist überhaupt der dem gesamtwirtschaftlichen Nutzen entsprechende Aufwand und die Zeit, die mindestens aber auch höchstens erforderlich ist, um diesen Aufwand wieder zu erwirtschaften. Einmal kann der gesamtwirtschaftliche Nutzen der Leistung nicht sicher bestimmt werden, da er abhängt von Imponderabilien der Entwicklung (z. B. überholende Innovationen, Änderungen der Bedürfnisstrukur u. a. m.). Zum anderen hängt die Zeit, die erforderlich ist, um mindestens den Entwicklungsaufwand zu decken, von Umständen ab, die von vornherein nicht kalkulierbar sind (z. B. davon, wie schnell die Neuerung vom Markt aufgenommen wird u. a. m.). Es kann der volkswirtschaftliche Nutzen einer guten Idee, die mit wenig Kosten verkaufsfähig gemacht werden kann, gleich hoch oder ungleich höher sein als der einer Leistung, die großen Entwicklungsaufwand erfordert hat (als Beispiel sei das Rad erwähnt).

Es können die tatsächlich aufgewandten Kosten aber auch erheblich höher sein, als für das Ergebnis notwendig war; z. B. weil der Weg besonders umständlich war, durch (vermeidbare) technische Verfahrensmängel bedingt und anderes mehr. Oder, es kann der erzielte volkswirtschaftliche Nutzen erheblich geringer sein als die aufgewandten Kosten. Dabei ist noch daran zu erinnern, daß auch Fehlschläge, Fehlinvestitionen einen Aufwand verursachen, der – insoweit zu Unrecht – nicht honoriert würde, obwohl auch Mißerfolg und sogar Bankrott eines Unternehmens allgemein zugängliches und für die übrige Wirtschaft (soweit sie nicht zu den Gläubigern gehört) kostenloses Wissen schafft[35].

Nicht jede wettbewerblich neue Leistung – gleichen wirtschaftlichen Wert einmal unterstellt – benötigt denselben Aufwand. Weiter müßte berücksichtigt werden, daß eine Innovation mit großem Risiko verbunden sein kann, wenn sie auf unbekanntem Gebiet operiert, ohne daß die Kosten vergleichsweise höher sind, als bei einer anderen Innovation mit geringerem Erfolgsrisiko. Gerade der Vorstoß in unbekannte Gebiete kann jedoch von volkswirtschaftlich besonderem Nutzen sein, weshalb dafür eine die Kosten übersteigende Wagnisprämie bezahlt werden sollte.

Die gesamtwirtschaftlichen Nachteile eines an der *vollen* Kostendekkung orientierten Nachahmungsschutzes können daher den gesamtwirtschaftlichen Vorteil erheblich übersteigen. Darüber hinaus widerspräche es marktwirtschaftlichen Grundsätzen, wenn nicht der Erfolg, sondern der Aufwand honoriert würde[36].

---

35 *Borchardt*, a.a.O., S. 74.

36 *Willgerodt*, in: Festschrift für *Böhm*, S. 697.

b) Problem der zeitlichen Begrenzung

Ist es schon fast unmöglich, exakte Aussagen über den gesamtwirtschaftlichen Nutzen einer konkreten gewerblichen Leistung zu machen, geschweige denn generelle Regeln für eine unbestimmte Zahl künftiger Innovationen aufzustellen, so setzt sich die Schwierigkeit fort bei der Frage nach dem Zeitraum, der erforderlich wäre, um den – einmal als berechenbar unterstellten – Aufwand erwirtschaften zu können.

Je nach der Art der gewerblichen Leistung kann die Dauer ihrer vorteilhaften Ausnutzung für den Unternehmer kürzer oder länger sein; ebenso kann die Zeit, die er zur Erzielung mindestens voller Kostendeckung benötigt, bei einem Produkt kürzer, beim anderen länger sein.

Andererseits kann auch der gesamtwirtschaftliche Nettovorteil einer Neuerung einmal für eine kürzere Zeit sehr hoch, danach – wegen überholender Innovationen – sehr gering, ein andermal anfangs sehr gering und erst nach längerer Zeit sehr hoch sein, obgleich der volkswirtschaftliche Gesamtvorteil beider Neuerungen gleich hoch anzusetzen ist[37]. Ein Nachahmungsschutz muß jedoch – auch wenn nach gewissen Merkmalen eine Differenzierung innerhalb gewisser Grenzen möglich ist[38] – mit einheitlichen Maximalfristen arbeiten und kann von daher dem vorgegebenen Ziel einer gleichgewichtigen Berücksichtigung von Nachahmung und Innovation auch nicht annähernd gerecht werden, wenn nicht einmal bezüglich einer einzelnen Leistung sichere Aussagen möglich sind.

Ein weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu: Wettbewerb ist, wie *von Hayek* darlegt[39], ein „Entdeckungsverfahren", in dem es keine sicheren Aussagen gibt. Der Unternehmer, der eine Pionierleistung unternimmt, kann nicht mit Sicherheit voraussagen, ob seiner Leistung überhaupt Erfolg beschieden ist: So kann für das Leistungsergebnis keine Nachfrage bestehen und sich auch nicht wecken lassen, es kann das Verfahren, das Erzeugnis bereits von einem anderen Konkurrenten entwickelt sein, der bereits früher mit der Entwicklung angefangen hatte; oder das Ergebnis kann in

37 Darauf weist besonders *Willgerodt*, a.a.O. Fn. 36, S. 697 hin.

38 Vergleiche die verschiedenen Ansatzpunkte und die verschiedene zeitliche Ausdehnung der einzelnen Sonderschutzrechte.

39 Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, a.a.O., S. 249 ff.; vgl. dazu auch *Hoppmann*, Zum Problem, a.a.O., S. 9, 24 ff., bes. S. 29/30: „Freiheit hat aber Ungewißheit zur Voraussetzung. Welche Art von Marktprozeß das Schöpferische des Menschen bei aufrechterhaltener Wettbewerbsfreiheit hervorbringen wird, ist gänzlich unbekannt. Wettbewerb ist ein Prozeß, der Möglichkeiten bietet und Chancen eröffnet. Er ist ein Such-, Lern- und Informationsprozeß. ... Wegen der Offenheit des geschichtlichen Prozesses ist es nicht möglich, jene Marktprozesse, in denen sich Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Vorteilhaftigkeit manifestieren, positiv in ihren Zusammenhängen und Ergebnissen im einzelnen praktikabel zu beschreiben."

dem Zeitpunkt seiner Verkaufsreife bereits technisch überholt sein. Selbst einen zeitlichen Nachahmungsschutz unterstellt, ist eine Vielzahl von Umständen denkbar, die gleichwohl den „adäquaten" Lohn versagen.

Auf etwas anderer Ebene liegt der Gedanke, ob durch einen Nachahmungsschutz der Innovationsanreiz stimuliert werden kann. In diesem Zusammenhang ist eine Untersuchung von *Machlup*[40] zu erwähnen, die sich mit der Frage befaßt, ob durch die Garantie einer temporären Monopolstellung zusätzlicher Innovationsanreiz geschaffen werden kann, und die diese Frage sehr skeptisch beantwortet.

Mit welchen Zielvorstellungen allerdings das UWG den Konflikt regelt, ist im dritten Teil zu untersuchen.

3. Nachahmungsschutz bei besonderer Marktstruktur

Wie vorher gezeigt wurde, ist ein allgemein formulierbares optimales Verhältnis zwischen Innovation und Imitation kaum zu bestimmen. Noch offen ist das Problem, ob und unter welchen Verhältnissen zu besorgen ist, daß der Nachahmungswettbewerb den Innovationsanreiz der aktiven Unternehmer nachhaltig dämpfen kann. Hier hängt die Antwort von der Struktur des jeweiligen Marktes ab[40a].

a) In einem Markt mit einer Vielzahl von Konkurrenten ist für jeden einzelnen Wettbewerber eine Vielzahl von Informationen und Daten zu beachten, die die individuelle Entscheidung bestimmen. Wenn daher ein Unternehmer eine Pionierleistung auf den Markt bringt[41], ist die Chance, daß sämtliche maßgeblichen Konkurrenten sofort das Produkt imitieren, denkbar gering; lediglich vereinzelt einsetzende Nachahmungen in der Ausnutzungsphase der Pionierleistung sind aber nicht geeignet, allen Bahnbrechern von vornherein die Chance für Differenzialgewinne als aussichtslos erscheinen zu lassen. Nur eine solche Skepsis, die von vornherein *jede* Innovationstätigkeit verleidet, weil nach der generell zu beobachtenden intensiven Nachahmung die Anstrengungen keinen lohnenden Erfolg erwarten lassen, könnte überhaupt einen Schutz vor Nachahmung rechtfertigen, der das Ziel hat, einer möglichen Beeinträchtigung des Innovationsreizes vorzubeugen. Soweit aber eine Vielzahl von Anbietern miteinander konkurrieren, deren individuelle Entscheidungsdaten verschieden und auf eine Vielzahl von Konkurrenten bezogen sind, ist die Nachahmung eines Pro-

40 *Machlup*, Die wirtschaftlichen Grundlagen, a.a.O., S. 95.

40a Daß die Marktstruktur auch Auswirkungen auf die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung nach UWG haben kann, zeigt z. B. die Anordnung des BKartA betreffend die ‚Rama'-Werbeaktion FAZ v. 12. 4. 78, Nr. 73, S. 15.

41 *Schmidbauer*, a.a.O., S. 279.

duktes eher eine singuläre Erscheinung, die nicht generell die Innovationsenergie behindern wird.

b) Anders in einem engen Markt mit nur wenigen Anbietern. Dort ist die Interdependenz der Handlungen der Konkurrenten größer, die Reaktion des/der Konkurrenten auf eine fremde Initiative daher von entscheidender Bedeutung. Die hohe Intensität der Nachahmung kann daher den Forschungs- und Entwicklungsaufwand sinnlos erscheinen lassen, wenn das Verhalten der – wenigen – Konkurrenten mit hoher Wahrscheinlichkeit einen wirtschaftlichen Erfolg jeder Innovation in Frage stellt.

Ein genereller Schutz vor Nachahmung über eine bestimmte Zeit – und zwar auch und gerade der „sklavischen Nachahmung", der Imitation bis ins letzte Detail – würde hier zusätzlich strukturstabilisierend wirken die Chancen für New Comer auf dem Markt noch zusätzlich verschlechtern: Sie wären gezwungen, zu warten, bis der Pionier seine Leistung ausgereizt und seine Marktstellung durch den zeitlichen Vorsprung und das dadurch erzielbare Machtpotential noch besser fundiert hat. Die Entwicklung eines Alternativprodukts, die erheblichen Kostenaufwand verursachen kann, ist angesichts einer solchen Markt- und Machtstruktur besonders für kleinere Unternehmen ein nicht eingehbares hohes Risiko.

Gerade die Nachahmung mit ihrer diffundierenden Wirkung ist hier möglicherweise am ehesten geeignet, dauerhafte Macht- und Marktpositionen wieder in Frage zu stellen[42]. Von daher läßt sich ein Verbot gerade in einem Markt mit wenigen Konkurrenten nicht rechtfertigen.

4. Nachahmung als Irreführung

Ein Aspekt ist noch zu behandeln. Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit von Wettbewerb ist neben der Freiheit zu Vorstoß und Verfolgung auch die Handlungsfreiheit der Abnehmer. Nur so kann Wettbewerb seine Steuerungsfunktion entfalten. Zur Handlungsfreiheit der Abnehmer gehört auch, daß Handlungsalternativen als solche erkannt werden.

a) Ein Konflikt entsteht dann, wenn nachgeahmte Leistung selbst und Nachahmung verwechselt werden können, weil das Original bis ins Detail kopiert wurde, und auch keine Kennzeichen im weiteren Sinn die Leistungen als unterschiedliche markieren. Zwar ist – unter dem Aspekt optimaler Voraussetzungen für einen Warenvergleich[43] etwa – die äußere Gleichheit von Produkten verschiedener Konkurrenten ideal, vorausgesetzt, der Ab-

42 Zum Einfluß der Marktstruktur auf die Auslegung des UWG vgl. auch *Ulmer, P.*, GR 77, 565, 577.

43 S. die Vorstellung von der Vollkommenen Konkurrenz, erl. bei *Schmidbauer*, a.a.O., S. 77 ff. m. w. Nachw.

nehmer erkennt die unterschiedliche Herkunft, soweit dies bei seiner Kaufentscheidung von Gewicht sein kann.

Natürlich kann die Herkunft bei jedem Erzeugnis in den Vordergrund gerückt werden, etwa durch die Vielzahl der Mittel zur Kennzeichnung, wie z. B. Firmenbezeichnung, Warenzeichen, Ausstattung in Verbindung mit entsprechender Werbung. Uns geht es hier aber nur darum, ob die Ware selbst Träger von Herkunfts- oder Gütevorstellungen[44] sein oder (neutrale) Identifikationsvorstellungen auslösen kann.

b) Ausscheiden aus der Betrachtung müssen deshalb die Erzeugnisse, bei denen dem Käufer die Herkunft regelmäßig völlig gleichgültig ist, wie bei den sogenannten Dutzend- und Massenwaren[45]; Waren also, die keine besonderen Merkmale aufweisen und – wie besonders Gegenstände der Massenfabrikation – in der Regel ohne besondere Markierung angeboten werden. Lediglich im Hinblick auf Erzeugnisse, die Merkmale aufweisen, die auf die betriebliche Herkunft schließen lassen, ist der Konflikt zwischen Nachahmungsfreiheit und Behinderung der Abnehmer wie Konkurrenten durch die Verwechslungsgefahr bedeutsam[46].

c) Eine Möglichkeit, den Konflikt zu vermeiden, ist die, dem Nachahmer zu verbieten, ein identisches Erzeugnis herzustellen, bzw. vom Nachahmer zu verlangen, daß er durch äußere Veränderungen am Produkt selbst die „Alternative" kenntlich macht. Es würde also die wettbewerbliche Zulässigkeit davon abhängig gemacht werden, ob er einen genügenden Abstand wahrt[47]. Dagegen spricht, daß bei völliger Gleichheit der Produkte, wenn sie nur durch Kennzeichen voneinander unterscheidbar sind, der Abnehmer optimale Voraussetzungen zu einem Warenvergleich hat. Nicht von ungefähr ging die inzwischen zwar überholte Modellvorstellung von der vollkommenen Konkurrenz[48] von der absoluten Gleichheit der Produkte aus.

Eine andere Möglichkeit ist die, daß zwar die millimetergenaue Nachahmung nicht beschränkt, sondern dem Nachahmer nur aufgegeben wird, auf die andere Herkunft hinzuweisen, z. B. durch Anbringung des Firmen-

---

44 Zur Gewichtung der verschiedenen Kennzeichenfunktionen vgl. *Loewenheim*, a.a.O., S. 225 ff., bes. 237 ff., *Schluep*, Markenrecht, S. 68 ff.; danach ist entscheidend dem rechtlichen Schutz unterstellt die Herkunftsfunktion während die anderen Funktionen lediglich als Rechtsreflexe Schutz erfahren.

45 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 393.

46 Dies können psychologische, ästhetisch ansprechende oder technische Merkmale sein oder Merkmale, die sich erst beim Gebrauch entfalten, s. BGH GR 66, 627, 619 Saxophon; Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 392.

47 Zur Abstandslehre bei berühmten Marken vgl. die Dissertation von *Hauth*, a.a.O.

48 Dazu *Schmidbauer*, a.a.O., S. 77.

namens, eines Kennzeichens, durch andere Verpackung u. a. m.[49]. Diese Lösung hat den Vorteil gegenüber der ersten, daß die Nachahmung so wenig wie möglich beschränkt wird und gleichzeitig dem wettbewerbswesentlichen Bedürfnis nach unverkürzter Handlungsfreiheit der Abnehmer Rechnung getragen ist.

5. Zusammenfassung

Nachahmung im Wettbewerb ist kein verabscheuungswürdiges Verhalten, sondern eine elementare Funktion jenes sich unter der Bedingung der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung entfaltenden Interaktionssystems, das wir als Wettbewerb bezeichnen und das Gegenstand der Regelungen des UWG ist.

Imitationsanreiz und Anreiz zu Innovationen sind lediglich zwei antagonistische Funktionen des einen Wettbewerbsprozesses, die sich gegenseitig ergänzen und gleichzeitig zerstören. Ist Nachahmung im Wettbewerb nicht nur „erlaubt", sondern ist der Anreiz zur Imitation eine elementare Funktion von Wettbewerb, ohne die die von Wettbewerb erhofften Wirkungen nicht denkbar sind, so ist zuerst gefragt worden, ob es ein in allgemeine Regeln formulierbares optimales Verhältnis zwischen Innovation und Imitation gibt. Da weder der gesamtwirtschaftliche Nutzen einer gewerblichen Leistung mit hinreichender Sicherheit vorausgesagt werden kann, noch sichere Aussagen darüber möglich sind, wie lange ein Schutz vor Nachahmung veranschlagt werden müßte, um den angemessenen Aufwand einschließlich angemessenen Gewinns erwirtschaften zu können, war die nächste Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen möglicherweise der Nachteil der verzögerten Diffusion zur Erhaltung oder Förderung des Innovationsanreizes hingenommen werden muß.

Eine nachhaltige Beeinträchtigung des Innovationsanreizes ist eher bei einer Marktstruktur mit wenigen Konkurrenten denkbar. Gerade da führt ein Nachahmungsschutz eher zur Verfestigung bzw. zur weiteren Konzentration, da er die Möglichkeit böte, wirtschaftliche Macht zu stabilisieren. Ein Schutz vor Nachahmung ist auch im Hinblick auf eine Förderung technischen und ästhetischen Fortschritts denkbar, wenn auch unbewiesen ist, ob ein solcher Schutz tatsächlich innovationsfördernde Wirkung hat.

Als zweiten Aspekt, unter dem ein Schutz vor Nachahmung geboten sein kann, war die Verwechslungsgefahr bei geringerem Abstand des Nach-

---

49 Vgl. dazu *Max*, a.a.O., S. 57 ff., der allerdings wie in Rechtspr. und Lit. üblich einen Abstand in der Gestaltung für erforderlich hält (m. w. Nachw.); vgl. auch *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 407 ff., wo die Anlehnung an die Abstandslehre des WZG besonders deutlich wird.

ahmers zu nennen, weil durch verwechslungsfähige Nachahmungen Handlungsalternativen der Abnehmer verschleiert werden. Gerade die bewußte unbeeinträchtigte Kaufentscheidung der Abnehmer ist jedoch eine der Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb.

Wie die Konflikte gelöst werden, hängt nun von den Zielsetzungen des UWG und seiner Gewichtung einzelner Ziele ab.

3. Teil

Im 1. Teil der Arbeit wurde der z. T. sehr weitreichende, zu einem Schutz gewerblicher Leistungen tendierende Nachahmungsschutz aufgenommen, wie er von Rechtsprechung und Literatur aus § 1 UWG abgeleitet wird. Nachdem im 2. Teil nun die Zielkonflikte herausgearbeitet wurden, die die Entscheidung über ob und wieweit eines Nachahmungsschutzes berücksichtigen muß, soll im 3. Teil nun anhand § 1 UWG die rechtliche Basis eines Nachahmungsschutzes im UWG überprüft werden.

§ 6 Die Generalklausel

1. Der Wortlaut des § 1 UWG

Der Wortlaut des § 1 UWG bestimmt: Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Nicht nur[1], aber in der Hauptsache der Maßstab der guten Sitten hat eine nie enden wollende Kontroverse um § 1 UWG in Gang gesetzt[2].

1 Ein anderes Tatbestandsmerkmal, um das auch heute vergleichsweise heftig gestritten wird, ist das ‚Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs' mit dem Problem der Bestimmung des Wettbewerbsverhältnisses.

2 Ausführlich *Kraft*, Interessenabwägung, a.a.O., m. w. Nachw.; *Droste*, WRP 64, 65; *Meyer-Cording*, JZ 64, 278, 301; zur Rechtsprechung bes. *Schumann*, a.a.O.; Überblick auch bei *Max*, a.a.O.

a) Regeln der Sittlichkeit als Maßstab

Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung[3] hat von Anfang an die Auffassung vertreten, daß der Begriff der guten Sitten als Hinweis auf Regeln der Sittlichkeit, auf die Moral zu verstehen sei[4]. Das war allerdings nicht ganz unbestritten.

Kirchberger[5] vor allem hat den Wortlaut ernst genommen. Er ging davon aus, daß „stillschweigend entstandene, tatsächlich bestehende und als solche feststellbare Konventionalnormen" gemeint seien. Gerade für Problemfälle versagt jedoch diese Auffassung: So gibt sie nämlich keine Auskunft darüber, was zu geschehen hat, wenn sich zu einer Wettbewerbsmethode noch keine Sitte herausgebildet hat[6]. Weiter ist durchaus möglich, daß die Sitte einer Branche eine Unsitte ist, die das UWG gerade bekämpfen will[7]. Daneben besteht die Gefahr, daß die Entwicklung erwünschter Wettbewerbsmethoden gerade an bestehenden Sitten scheitert[8]. Bereits deshalb ist die Orientierung an statisch wirkenden Konventionalnormen zur Regelung eines dynamischen Prozesses unbrauchbar. Darüber hinaus ist ungeklärt, nach welchem Maßstab letztlich die guten von schlechten Sitten unterschieden werden sollten. So stellen in den eigentlichen Problemfällen auch die Vertreter dieser Auffassung nicht darauf ab, was ist, sondern darauf, was sein soll[9]. Daß dafür allerdings eine bestehende Sitte ein Indiz für ethische Wertvorstellungen sein kann, lehnen auch die Vertreter einer ethischen Begründung des § 1 UWG nicht ab[10].

b) Ethische Begründung des UWG

Ist § 1 UWG also ein Hinweis auf die Grundsätze der Ethik, Moral und Sittlichkeit[11]?

Zur Begründung dieser Auffassung wird häufig die Entstehungsgeschichte in Anspruch genommen: Während der Diskussion um die Einfüh-

---

3 Vgl. die Nachw. bei *Schricker*, Gesetzesverletzung, a.a.O., S. 190 ff., 212 ff.; *Meyer-Cording*, JZ 64, 273 ff., der die Rückbesinnung auf ethische Standards für unerläßlich ansieht, S. 277; *Droste*, WRP 64, 300, 301.

4 Vgl. *Meyer-Cording*, JZ 64, 273, 277; *Droste*, GR 61, 74.

5 MuW 33, 277 f.; unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, S. 50; *v. Godin*, GR 66, 127 ff.; *Schall-Riaucour*, a.a.O., S. 11 ff.

6 Vgl. *Sack*, GR 70, 495; *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 201.

7 BGH GR 55, 541 Bestattungsinstitut; *v. Godin*, GR 66, 127, 128; *Sack*, GR 70, 495.

8 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 51; *Sack*, GR 70, 495.

9 *Schall-Riaucour*, a.a.O., S. 19 m. w. Nachw.; während *Kirchberger* für diese Fälle die Anwendung des § 1 UWG konsequent ablehnt, vgl. oben Fn. 5.

10 *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 223.

11 Schon *Rosenthal*, a.a.O., § 1 Anm. 15; auch *Kraft*, Interessenabwägung, S. 112.

rung der Ausgestaltung der Generalklausel, die von der Angst vor der Machtfülle der Rechtsprechung geprägt und deshalb um einen konkreten Maßstab bemüht war, wurde ausdrücklich zwischen rechtlichen und sittlichen Pflichten unterschieden. An anderer Stelle ist ausdrücklich auf die Gleichsetzung von Sittenwidrigkeit und Unsittlichkeit hingewiesen[12].

Einigkeit besteht jedoch weitgehend darüber, daß mit dem Verweis auf die Regeln der Ethik nicht auf die strenge Ethik im philosophischen Sinn Bezug genommen wird, sondern auf eine „der herrschenden Wirtschafts- und Sozialordnung immanente Rechtsethik“[13]. Die praktizierte oder praktikable Geschäftsmoral wird aufgespürt, indem häufig jene Regeln als Anhaltspunkte gewählt werden, die im Geschäftsverkehr allgemein Anerkennung erlangt haben[14]. Die Besonderheiten der Materie „Wettbewerb“ werden bei der Bestimmung des Maßstabes dadurch berücksichtigt, daß das Postulat dessen, was sein soll, den Vorstellungen der beteiligten Kreise entnommen werden soll[15].

Zunächst war das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden[16] der Maßstab für die Wettbewerbswidrigkeit. Später, mehr auf das Gebiet des Wettbewerbs zugeschnitten, hieß die Formel, mit der die Rechtsprechung das Konkretisierungsproblem zu lösen versuchte, die „Ansicht der anständigen und verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“[17]. Nicht die Ansicht der Branchengenossen, wie vereinzelt zunächst postuliert wurde, sondern – in der Erkenntnis, daß gerade deren Ansicht eine Unsitte sein könnte – die Ansicht der verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden sollte über die wettbewerbliche Zulässigkeit einer Maßnahme entscheiden.

---

12 Motive Bd. I zu § 106; Protokolle Bd. I, S. 577; vgl. dazu *Kraft*, Interessenabwägung, S. 111; *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 186 ff.

13 *Ulmer*, Wettbewerbsrecht Bd. I, Anm. 62; vgl. auch *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. Anm. 73; *Eichmann*, a.a.O., S. 45 ff.; *Katzenberger*, a.a.O., S. 93 ff., 129 ff.; *Sack*, GR 70, 495; *Fikentscher*, Wettbewerbsrecht, S. 110; *Meyer-Cording*, JZ 64, 310.

14 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, Einl. Anm. 66 und 83.

15 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. Anm. 67; *Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 501; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, S. 94; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 215; *Nerreter*, Allgemeine Grundlagen, S. 18 f.; Aus der Rechtspr. vgl. BGHZ 15, 356, 364 Indeta; BGH GR 62, 45 Betonzusatzmittel, BGH GR 67, 138 Streckenwerbung.

16 Eigentlich den Motiven zu § 826 BGB entnommen, hat die Formel zunächst auch das UWG befruchtet, dazu *Arzt*, a.a.O.; *Droste*, DB 63, 719, 721; *Sack*, GR 70, 493, 498.

17 Vgl. BGHZ 15, 356, 364 progressive Kundenwerbung; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, § 1, Anm. 6a.

Die Ansicht der Leute[18], die von Wettbewerb etwas verstehen, soweit sie als grundsätzlich billig und gerecht vermutet werden konnte, sollte danach entscheidend sein. Da auch sie als Vertreter einer Seite, der Wettbewerber, noch von der Verfolgung eigener Interessen bestimmt und so die Interessen anderer Marktbeteiligter, der Abnehmer, dadurch benachteiligt sein konnten, wurde später noch als Korrektiv das sittliche Bewußtsein der Allgemeinheit (i. S. aller am Wettbewerb Beteiligter Verkehrskreise) wieder aufgenommen[19]. Dieses sollte sich durchsetzen, wenn Allgemeinheit und Wettbewerber verschiedene Maßstäbe anlegen[20]. Dies ist der Ausgangspunkt, von dem aus heute die auf einzelne Fallgruppen verfeinerte Rechtsprechung ihre Entscheidungen ableitet. Trotzdem herrscht über den Erkenntniswert dieser Formel trotz vieler Bemühungen bis heute wenig Klarheit. Zweifel erscheinen angesichts des Hin und Her gerade bei den Nachahmungstatbeständen auch gerechtfertigt.

Zum einen ist die praktische Durchführung des Postulats – die Ansicht *aller* verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden zu erfassen – kaum möglich und vom Aufwand her auch wenig sinnvoll. Im Ernst denkt auch niemand daran. Eine Repräsentationsumfrage andererseits widerspricht dem Postulat. Abgesehen davon ist gerade die entscheidende Frage, *welche* Gewerbetreibenden dem Idealtyp des verständigen und anständigen entsprechen[21], nicht geklärt. Was als Entscheidungsdirektive vorgegeben ist, kaschiert letztlich nur die Tatsache einer nicht weiter überprüfbaren richterlichen Entscheidung.

Das Problem wiederholt sich bei dem „Korrektiv der Interessen der Allgemeinheit", anhand dessen die Ansicht aller verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden nochmals überprüft werden soll, wenn der Richter die – gefundene(?) – Ansicht der Wettbewerber als zu einseitig auf eigene Interessen ausgerichtet empfindet[22]. Wann aber ist der

---

18 So ständ. Rechtspr. BGHZ 15, 356, 364 progressive Kundenwerbung, BGH GR 62, 45 Betonzusatzmittel; BGH GR 67, 138 Streckenwerbung.

19 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. Anm. 57; RGZ 48, 114, 125; RGZ 55, 367, 373; BGH GR 55, 541, 542 Bestattungswerbung; BGH GR 60, 558, 561 Volkswagen; BGH GR 61, 588, 592 Einpfennig-Süßwaren; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 245; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, S. 94; *Godin-Hoth*, a.a.O., S. 24; *Rinck*, in: Festschrift für OLG Celle, S. 166; *Hofmann*, JW 36, 157; *Nastelski*, GR 69, 323 f.

20 BGH GR 60, 558, 561 Volkswagen; *v. Gamm*, Wettbewerbsrecht, S. 74; vgl. *Nastelski*, GR 69, 323 f.; *Rinck*, in: Festschrift für OLG Celle, S. 185.

21 Ebenso *Völp*, GR 62, 178, 181; zur Problematik der Umfrage auch *Droste*, WRP 66, 325.

22 *Smoschewer*, GR 29, 381, 384 gegen die unerquickliche ‚Ansicht der billig und gerecht Denkenden'.

Punkt erreicht, wo das – von Wettbewerb gerade in Dienst genommene – Eigeninteresse der Wettbewerber die Belange der Marktgegenseite verletzt? Genau dies ist aber die entscheidende Frage, für deren Beantwortung in § 1 UWG der Begriff der „Sittenwidrigkeit" steht.

Mehr als eine Formel, die die Begründung der Entscheidung eher verdeckt als transparent macht, ist mit der „Ansicht aller verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden" deshalb nicht gewonnen.

Ein weiteres Argument gegen eine ethische Begründung ist, daß die ethischen Maßstäbe unsicher geworden sind[23]. Dies mag auch der Grund für den Versuch sein, zwischen sittenwidrigen und bloß unlauteren Wettbewerbshandlungen zu unterscheiden und ersteres nur bei besonders eklatanten Verstößen anzunehmen[24].

c) Entlastung des UWG durch absolut geschützte Rechtsgüter

Um zu verhindern, daß „in das Prokrustesbett der Sittlichkeit" Dinge gezwängt werden[25], die mit der Moral nichts zu tun haben, wurde bereits in den Zwanziger Jahren für eine „Entsittlichung"[26] der Generalklausel plädiert. Mit der Annahme eines absolut geschützten Rechtsgutes wie des Persönlichkeitsrechts oder des Rechts an der Wettbewerbsstellung des Gewerbetreibenden, dessen Verletzung nach § 823 Abs. 1 BGB sanktioniert wurde[27], ist versucht worden, objektive Kriterien herauszuarbeiten und den Anwendungsbereich des § 1 UWG auf die eklatanten Wettbewerbsverstöße zu begrenzen. Allerdings wird dadurch der Anwendungsbereich der wettbewerblichen Generalklausel ohne sachliche Notwendigkeit zugunsten der Anwendung einer älteren, weniger speziellen Generalklausel beschnitten[28]. Das Bestreben, einen Teil der Fälle auf § 823 BGB zu verlagern, ist um so unverständlicher, als § 823 BGB mangels entsprechender wettbewerblicher Bestimmung zunächst die Funktion des § 1 UWG zu erfüllen hatte und ge-

---

23 Z. B. *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 217; bereits *Hedemann*, Flucht in ..., S. 72.

24 *Nerreter*, Allgemeine Grundlagen, S. 55, 106; *Godin-Hoth*, Wettbewerbsrecht, Einf. Anm. 15; *Simitis*, a.a.O., S. 168; „Entsittlichung des Rechts": *Kirchberger*, Unlauterer Wettbewerb, S. 50; zurück zur Ethik: *Meyer-Cording*, JZ 64, 273 ff.; auf die ethische Fundierung will auch *Schricker* nicht ganz verzichten, hält jedoch wegen der Fragwürdigkeit der ethischen Maßstäbe und ihrer Ermittlung die Suche nach anderen Kriterien für unerläßlich, so in: Gesetzesverletzung, S. 221.

25 Vor allem *Baumbach*, UWG 1929, S. 172 ff.; ders., DJZ 31, 58 ff., und JW 30, 1634 ff.

26 *Callmann*, Wettbewerbsrecht, S. VII; vgl. auch *Wassermann*, GR 29, 417; Gefahren von Sittlichkeitsorgien beschwört *Rödding*, DB 69, 1877; *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 185; *Meydam*, GR 70, 399; *Droste*, WRP 65, 39.

27 Vgl. *Gieseke*, GR 50, 308 ff.; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, S. 114.

28 So auch *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 75 ff.

rade das Bedürfnis nach einer speziell auf den Wettbewerb zugeschnittenen Bestimmung zur Schaffung des § 1 UWG geführt hatte.

2. Tendenzen zur Verobjektivierung des Maßstabes

Beides, das Unbehagen über einen moralischen Vorwurf bei jeder „wettbewerbswidrigen" Handlung einerseits und die offensichtlichen Schwierigkeiten, verbindliche ethische Maßstäbe zu finden, sind die Ursache für die überall feststellbaren Tendenzen zu einer Verobjektivierung des Maßstabes der guten Sitten.

a) Interessenabwägung

Ein Versuch ist die Methode der Interessenabwägung[29]. Danach können „die Feststellungen, welche Handlungen im Wettbewerb als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden müssen, ... nur aufgrund einer eingehenden Prüfung, Bewertung und Abwägung der beteiligten Interessen" getroffen werden, wobei „weder sittlichrechtliche noch bestehende Konventionalregeln" maßgeblich sein können[30]. Die Besinnung auf die beteiligten Interessen dient im Regelfall dazu, die legislativ angedeutete Gewichtung der Interessen sichtbar und für die Fortschreibung des Tatbestandes fruchtbar zu machen. Die Methode versagt jedoch bei Generalklauseln von der Art des § 1 UWG. Gerade die Frage nach den Maßstäben, die für die Bewertung, für den Interessenausgleich heranzuziehen sind, bleibt ungelöst, denn diese ergeben sich nicht allein aus der Analyse des Interessenkonflikts[31]. Die Besinnung darauf, welche der beteiligten Interessen durch die zu treffende Entscheidung betroffen sind und möglicherweise zu berücksichtigen sind, hilft zwar dazu, das Entscheidungsfeld auszuleuchten und abzugrenzen. Für die Bewertung und Gewichtung der betroffenen Interessen kann die Analyse selbst nicht weiterhelfen. Maßstäbe dazu sind aus dem Gesetz oder aus der gesamten Rechtsordnung zu entwickeln[32].

Die Methode der Interessenabwägung macht jedenfalls für die Generalklausel des UWG den Rückgriff auf Wertungsprinzipien nicht entbehrlich,

---

29 Vor allem *Kraft*, Interessenabwägung, a.a.O.; vgl. auch *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 245; *v. Gamm*, WRP 59, 227; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, S. 22, 142, 402.

30 Ohne die Einschränkung, *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. Anm. 75, der einen sittlich-rechtlichen Beurteilungsmaßstab leitmotivisch als letzte Korrektur beibehalten will.

31 Vgl. *Larenz*, a.a.O., S. 128 ff.; *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 237; *Ulmer-Reimer*, a.a.O., Anm. 60.

32 Vgl. die Bewertungsfaktoren bei *Kraft*, Interessenabwägung, S. 217.

sondern bildet nur die Grundlage für die Anwendung entscheidungserheblicher Wertungskriterien[33]. Diese können nur aus den das geltende Recht beherrschenden Ordnungsgesichtspunkten abgeleitet werden[34].

So ist die Methode der Interessenabwägung zwar ein wichtiges Hilfsmittel zur Erkennung des Konfliktsfeldes; zur Lösung des Konflikts selbst kann sie keine Aussagen treffen.

b) Funktionsbezogenheit des Maßstabes

Ein anderer, besonders von *Burmann*[35] vertretener Versuch, dem Maßstab der ‚guten Sitten' einen dem Wesen des Wettbewerbs entsprechenden Sinn beizumessen, ist die Orientierung an der Funktion des Wettbewerbs. Der Begriff der Sittenwidrigkeit soll seinen Inhalt aus dem Gegenstand des Wettbewerbsrechts, dem Wettbewerb erfahren. Sittenwidrig handelt dann jemand, der die „Funktionen des Wettbewerbs stört; d. h.: wer bei seinen Wettbewerbsmaßnahmen über die mit dem Wettbewerb naturgemäß verbundene Beeinträchtigung hinausgehend die Funktionen stört"[36].

Ausgehend von der Definition der Wettbewerbshandlung als Förderung des eigenen Absatzes (in der Regel mit der Beeinträchtigung fremden Absatzes verbunden) zur Erweiterung des eigenen Kundenkreises auf Kosten der Gewerbegenossen[37] unterscheidet *Burmann* eine Angebots- und eine Absatzfunktion des Wettbewerbs[38]. Wird eine von beiden durch eine Wettbewerbshandlung gestört, ist deren Sittenwidrigkeit indiziert. Eine Beeinträchtigung der Angebotsfunktion wird angenommen, wenn gegen das Leistungsprinzip verstoßen wird, nämlich dann, wenn mit anderen Mitteln als dem einer gewerblichen Leistung geworben wird.

Die Absatzfunktion soll dann gestört sein, wenn der Wettbewerber auf eine besondere Weise versucht, auf die Abnehmer einzuwirken, um die Kaufentscheidung zu seinen Gunsten zu beeinflussen[39]. Abgesehen davon, daß die Geltung eines Leistungsprinzips im Sinne einer inhaltlichen Anforderung an Qualität oder Aufwand, wie es hier verstanden wird, von jeher zweifelhaft war, bietet diese Auffassung gerade für die Fälle der Nachahmung keine hinreichend differenzierbare Entscheidungsgrundlage. *Burmann* selbst will auf die ethische Begründung deshalb auch nicht ganz ver-

---

33 Gegen die Interessenabwägung auch *Burmann*, WRP 67, 248.
34 Vgl. *Reinhard*, a.a.O., S. 17 ff.; *Germann*, a.a.O., S. 92 ff.; *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 223.
35 WRP 67, 240; ders., WRP 68, 261; zur Kritik an *Burmann*, *Giere*, a.a.O., S. 170 ff.
36 *Burmann*, WRP 67, 247.
37 A.a.O., I·n. 36, S. 241.
38 *Burmann*, WRP 67, 241, 247.
39 RGZ 58, 429, 430.

zichten[40]. Mit wachsender Kenntnis der Funktionszusammenhänge[41] allerdings, soll der Anwendungsbereich des objektiven Kriteriums der Funktionswidrigkeit weiter, der Rückgriff auf die guten Sitten seltener erforderlich sein.

3. Delegation der Normsetzung an den Richter

Die Versuche einer inhaltlichen Definition der Gute-Sitten-Klausel mit inhaltlicher Bestimmung der Guten Sitten als Beurteilungsmaßstab erweisen sich als ungenügend, um den Problemen der sich ständig wechselnden Verhältnisse gerecht zu werden.

a) § 1 UWG als Blankettnorm

Bereits *Isay*[42] hat deshalb § 1 UWG als eine „Blankettnorm" verstanden, die nur die Rechtsfolge bestimmt, „während sie die Ausfüllung des Tatbestandes dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft des Richters überläßt"[43]. § 1 UWG ist danach, wie jede Generalklausel, ein Auftrag an den Richter, das Recht fortzuentwickeln[44]. Generalklauseln dienen der Fortschreibung des Rechts auf Sachverhalte, die der Gesetzgeber nicht vorhersehen und deshalb gesetzlich nicht regeln konnte oder die der Gesetzgeber wegen der Vielfalt sozialer Erscheinungsformen nicht im einzelnen regeln wollte, um eine elastische Regelung zu ermöglichen, die den sich ständig wechselnden wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen Rechnung zu tragen vermag[45]. „Die Rechtsprechung, die den § 1 UWG benützt, muß bestrebt sein, für den Einzelfall, den sie entscheidet, eine Norm zu finden, die ... der § 1 UWG selbst nicht ist"[46].

---

40 WRP 72, 511, 514.

41 *Burmann*, WRP 72, 512 ff.

42 Das Rechtsgut ..., S. 54 ff., 65; vgl. auch *Sack*, WRP 74, 247, 251; *Smoschewer*, GR 29, 1265; *Fischer*, a.a.O., S. 22 f.; *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 177 ff., 184 f., 240 f.; ders., GR 28, 73.

43 *Isay*, Das Rechtsgut ..., S. 61, 65.

44 *Isay*, Das Rechtsgut ..., S. 48, 61; *Hedemann*, a.a.O., S. 58, 66, *Nerreter*, Allgemeine Grundlagen, S. 78; *Steindorff*, a.a.O., 59; *Teubner*, a.a.O., S. 42 ff., 106 ff.; *Esser*, Grundsatz ..., S. 150.

45 *Sack*, GR 74, 247, 252; vgl. auch *Hilger*, a.a.O., S. 114, 115.

46 GR 28, 73; ders., Rechtsnorm ..., S. 203; ders., Das Rechtsgut, S. 91; gegen *Kirchberger*, a.a.O., S. 50, 54.

b) Entstehungsgeschichte

Unterstützung erfährt die Auffassung, daß § 1 UWG als ein „Stück offengelassener Gesetzgebung“[47] zu verstehen ist, auch durch die Entstehungsgeschichte der Generalklausel[48].

Nachdem die erste Fassung des UWG von 1896 mit der ‚kleinen Generalklausel‘, die etwa dem heutigen § 3 UWG entspricht, in der Praxis nicht ausreichte, hat die Rechtsprechung ergänzend § 826 des 1900 in Kraft getretenen BGB herangezogen[49]. Doch auch dieser Schutz erwies sich – weil § 826 BGB vorsätzliches Handeln voraussetzt – auf Dauer als ungenügend. Anläßlich der Diskussion um die Einführung einer wettbewerblichen Generalklausel im Zuge der Neufassung des UWG im Jahr 1909 sind schließlich die Bedenken gegen ein so weit gehendes richterliches Ermessen angesichts der Vielgestaltigkeit der Materie resigniert aufgegeben worden. Nachdem die Idee, die Materie durch klare, fest umrissene Tatbestände befriedigend regeln zu können, in der Praxis gescheitert war[50], erfüllte § 1 Lückenbüßerfunktion[51] und sollte da eingreifen, wo die Sondervorschriften nicht ausreichten[52]. Dabei war § 1 UWG, ebenso wie § 826 BGB, ein gesetzgeberisches Novum[53], bei dem die Verwendung der Gute-Sitten-Klausel letztlich dem Bestreben entsprang, wenigstens irgend eine inhaltliche Aussage vorzugeben, um Auswüchsen richterlicher Ermessensentscheidungen vorzubeugen[54].

c) Inhaltliche Eingrenzung

Der Auftrag zur Rechtsfortbildung stellt nun aber nicht die Entscheidung ins freie Ermessen des Richters[55]. Für die inhaltliche Konturierung reicht es allerdings nicht, aus den Entscheidungen, die aufgrund der Ermächtigung des § 1 UWG gefällt wurden, die Rechtsnorm nachträglich abzuleiten, mit der die Entscheidung begründet werden kann[56]. Dagegen hat

47 *Hedemann*, a.a.O., S. 73.
48 Vgl. dazu *Arzt*, a.a.O.; *Sack*, GR 70, 493, 498; *Droste*, DB 63, 719, 721; *Schmidt-Syaßen*, a.a.O., S. 23 ff.
49 RGZ 48, 114, 119 ff.
50 RGZ 48, 119.
51 Vgl. *Fikentscher*, in: Festschrift für *Hallstein*, S. 129; *Simitis*, a.a.O., S. 160.
52 RGZ 79, 327; siehe auch den Kommissionsbericht S. 8, zitiert bei *Lobe*, GR 10, 9; *Callmann*, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 1 UWG Anm. 1.
53 Vgl. die Motive bei *Mugdan*, Bd. I, S. 469.
54 Siehe dazu *Sambuc*, a.a.O., S. 28; *Hedemann*, a.a.O., S. 67, 70; *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 186; *Sack*, GR 70, 498.
55 *Sack*, GR 74, 247, 252; *Steindorff*, summum ius, S. 64.
56 So neben anderen Kriterien *Sack*, GR 74, 247, 252.

sich bereits *Isay*[57] gewandt, wohl mit der Befürchtung, für eine Übernahme angelsächsischer Case-Law Übung fehle es an einer vergleichbaren Entscheidungstradition, entstanden unter der Geltung vergleichbarer Regeln und Prinzipien wie im Common-Law[58], die einerseits grundlegende Neuerungen erschweren und andererseits genügend Flexibilität und Offenheit für unbekannte Sachverhalte zulassen. Deshalb, aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit, reicht es zur Bewältigung der sich ständig neu entwickelnden Wettbewerbsmethoden nicht aus, aus einzelnen Entscheidungen Normen zu entwickeln, wie es in der Praxis der Rechtsprechung zum Teil geschieht. Es ist vielmehr notwendig, Entscheidungsdirektiven herauszuarbeiten, anhand derer im Einklang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers auch für künftige Entwicklungen ein Mindestmaß an Rechtsicherheit gewährleistet ist[59].

Der Weg zur Herausarbeitung von Entscheidungsrichtlinien kann nur von der Funktion der Generalklausel her bestimmt werden. Ist diese als eine Art Ermächtigung an den Richter zu verstehen, i. S. der Zielvorstellungen des Gesetzgebers die gesetzte Ordnung auf nicht vorhersehbare Sachverhalte fortzuschreiben, so muß die Ableitung von Entscheidungsdirektiven sich in erster Linie an der Rechtsordnung, d. h. an den Norm gewordenen politischen Wertungen des Gesetzgebers orientieren[60]. Hierzu sind in erster Linie die Wertentscheidungen des UWG maßgebend. § 1 UWG ist kein Robinson auf einer einsamen Insel, sondern in die Rechtsordnung, besonders in das System des Wettbewerbsrechts hineinverflochten. Diese Sinn- und Regelungszusammenhänge sind daher auch bei der Konkretisierung des UWG zu berücksichtigen.

Bindend sind danach einmal die Wertentscheidungen, die das Grundgesetz im Grundrechtskatalog getroffen hat (mittelbare Drittwirkung)[61]. Für

---

57 *Isay*, Das Rechtsgut ..., S. 65.

58 Diese Gefahr sieht auch *Isay*, Rechtsnorm, S. 175; ders., GR 28, 71 ff.

59 Zum Problem der Legitimation der richterlichen Gesetzgebung vgl. besonders *Sambuc*, a.a.O., S. 50, m. w. Nachw.; bereits *Weinmann* hat darauf aufmerksam gemacht, daß bei der Konkretisierung des UWG die „mannigfaltigsten Erwägungen sozialen, nationalökonomischen Einschlags ... hier aktuell sein (können), wie die Stellungnahme zu dem Problem der Freiheit von Produktion und Handel ...", GR 28, 428, 429.

60 *Steindorff*, summum ius, S. 67, der ausdrücklich darauf hinweist, daß die Wettbewerbsfreiheit sich aus dem positiven Recht ergäbe. Vgl. auch *Kraft*, in: Festschrift für *Bartholomeyczik*, S. 234 ff., der aber gleichwohl die wirtschaftspolitische Neutralität des UWG annimmt, diese jedoch anders als die h. M. auffaßt. Vgl. auch *Würdinger*, WuW 55, 71; BVerfGE 13, 153, 154; BVerfGE 21, 73, 82; *Sack*, WRP 74, 247, 251 ff.

61 h. M. vgl. dazu BVerfGE 7, 198, 204 ff.; *Meyer-Cording*, JZ 64, 310; *Raiser*, GR int. 73, 445; *Kroitsch*, GR 65, 12 ff.; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. Anm. 93 m. w. Nachw. und Allg. Anm. 44.

die Konkretisierung des § 1 UWG sind daneben vor allem die wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen maßgebend, die die jeweils geltende Wirtschaftsordnung tragen[62]. So kann ein Wandel wettbewerbspolitischer Vorstellungen danach auch einen Wandel der „Guten Sitten" im UWG bewirken[63]. Als erstes ist deshalb nach dem Schutzzweck des UWG selbst zu fragen. Dabei sind auch Zielprioritäten des GWB, des „Grundgesetzes" der geltenden Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung[64] heranzuziehen: Sein Schutz gilt auch der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs[65]. Soweit die Wertungen des GWB geeignet sind, Aussagen über die zu beurteilenden Wettbewerbshandlungen zu machen, sind diese zur Konkretisierung des § 1 UWG heranzuziehen[66]. So hat bereits *Ulmer*[67] darauf hingewiesen, daß die überkommenen Vorstellungen von Lauterkeit und Unlauterkeit „im Lichte der gewandelten Auffassung und des Wesens des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip der Wirtschaft" überprüft werden müssen.

§ 7 Der Schutzzweck des UWG

Seit Ende der Zwanziger Jahre haben sich die Auffassungen zum Schutzzweck des UWG grundlegend geändert[68].

1. UWG als Individualschutz

Zunächst wurde das UWG als reiner Individualschutz verstanden, als Schutz der Wettbewerber vor unlauteren Wettbewerbshandlungen der Kon-

62 Vgl. z. B. *Schmidt-George*, a.a.O., S. 19; *Steindorff*, Politik des Gesetzes, a.a.O., S. 19.

63 Darin liegt der Vorteil der Blankettnorm.

64 Vgl. *Kartte*, a.a.O., S. 28, 37.

65 Vgl. *Sacker*, Zielkonflikte, S. 7; *Kartte*, a.a.O., S. 38 ff., 42; *Raiser*, JZ 72, 732, 734.

66 *Antoni*, BB 62, 1172. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. Anm. 86; *Sack*, WRP 74, 237; *Fikentscher*, Wettbewerb, S. 300; ders., in: Festschrift für *Hallstein*, S. 127, 141; ders., GR int. 66, 181, 185; *Hefermehl*, in: Festschrift für *Nipperdey*, S. 283, 284, 301; *Kellermann*, WuW 65, 551, 559; *Koenigs*, NJW 61, 1041; *Kraft*, Interessenabwägung, S. 216, 246 f.; *Mangold*, a.a.O., S. 115; *Merkel*, NJW 61, 1751, 1752; *Mestmäcker*, AcP 168, 235, 256; *Mohring*, WuW 54, 388; *Sack*, GR 70, 493, 500; ders., BB 70, 1511, 1517; *Schwamberger*, NJW 61, 1186, 1187; *Tetzner*, NJW 62, 1087, 1090; *Völp*, WuW 68, 96; *Kroitzsch*, GR 65, 12, 18; *Samwer*, GR 69, 326, 329; a. A. wohl *v. Harder*, GR 62, 439, 441; *Schmidt-Syaßen*, a.a.O., S. 202.

67 Siehe BKartA WuWE BKartA 609 ff., 622 Kraftfahrzeughandel; bereits *Ulmer*, GR 51, 355.

68 Zum Meinungsstand vgl. *Fikentscher*, Wettbewerb, S. 157 ff.

kurrenten[69]. Zeitgeist und Bestreben der Wissenschaft, ein Schutzgut des Unlauterkeitsrechts in herkömmliche Figuren wie Persönlichkeitsrechts- und Unternehmensschutz einzufangen, führte dazu, daß das Wettbewerbsrecht als reiner Konkurrentenschutz betrachtet wurde[70]. Dabei herrschte allerdings Streit darüber, ob der Persönlichkeitsschutz[71] oder der Schutz des Unternehmens als Immaterialgüterrecht bezweckt sei[72], weil es bei wettbewerblichen Tatbeständen nicht um die persönliche Sphäre des Menschen, sondern um seine kommerzielle Betätigung gehe[73]. Wenn daneben aus dem reinen Individualschutz auch Vorteile für die Allgemeinheit erwuchsen, war dies lediglich ein Rechtsreflex[74].

2. Sozialrechtliche Ausrichtung

Bereits 1928 hat jedoch das Reichsgericht im Zusammenhang mit der inzwischen möglichen Unterlassungsklage der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG ausgeführt, daß diese zwar auch die Konkurrenten schützen, daneben aber auch Auswüchsen im Wettbewerb begegnen wolle und daß der Schutz der Allgemeinheit nicht mehr nur Rechtsreflex sei[75]. Diese Auffassung, daß nicht nur die Mitbewerber, sondern auch die Allgemeinheit – was immer darunter genau zu verstehen ist – durch das UWG geschützt sei, hat das Reichsgericht in der Diamantine-Entscheidung[76] auch für § 1 UWG bestätigt. Diese Auffassung wird bis heute vertreten; sie ist auch inzwischen nahezu unbestritten[77].

Besteht nun einerseits Konsens darüber, daß auch Allgemeinbelange in § 1 UWG zu berücksichtigen sind, so ist nicht geklärt, was nun unter der Forderung, Schutz der Allgemeinheit oder öffentlicher Interessen, wie es an anderer Stelle heißt, zu verstehen ist[78]. Sind es die Abnehmer auf dem

69 *Lindacher,* BB 75, 1311.

70 I. E. vgl. *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Einl. Anm. 101; *Burmann,* WRP 68, 258 ff.; *Nastelski,* GR 69, 322 ff.; *Schwarz,* GR 67, 333 ff.; *Riehle,* a.a.O., S. 35 ff.

71 So *Kohler,* Unlauterer Wettbewerb, S. 18; *Lobe,* Die Bekämpfung, S. 145 ff.; *Rosenthal,* Wettbewerbsrecht, S. 5, 130; auch *Nerreter,* Allgemeine Grundlagen, S. 86 ff., 97.

72 *Callmann,* Unl. Wettbewerb, 2. Aufl.

73 *Tetzner,* Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., S. 12.

74 Vgl. *Lobe,* Die Bekämpfung, S. 145 ff.; *Baumbach,* Das gesamte Wettbewerbsrecht, S. 70, 84 ff., 91 ff.; *Kohler,* Unlauterer Wettbewerb, S. 17 ff.

75 RGZ 120, 47, 49 Markenschutzverband; *Callmann,* Unl. Wettbewerb, S. 31 ff.

76 RG GR 36, 810, 812.

77 Vgl. *Baumbach-Hefermehl,* a.a.O., Allg. Anm. 57; *Nastelski,* GR 69, 322 ff.

78 Zur Schwierigkeit einer Definition des Begriffs der Allgemeinheit *Schricker,* GR 67, 634.

in Frage stehenden Teilmarkt des speziellen Erzeugnisses, sind es die Verbraucher oder die Marktbeteiligten überhaupt?

Untersucht man Entscheidungen, so findet man die Interessen der Allgemeinheit als Begründung für den Schutz der Abnehmer vor Täuschung ebenso wie als Begründung für einen Schutz gewerblicher Leistungen schlechthin; betriebswirtschaftliche Einwände und wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsüberlegungen werden daraus abgeleitet. So heißt es in einer Entscheidung z. B.: Wettbewerbswidrig, weil gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßend, sei eine Wettbewerbshandlung, die nicht im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung stehe.

Der Hinweis auf die Interessen der Allgemeinheit bietet eine bündige, in der Substanz schwer angreifbare Formel zur Begründung von Entscheidungen, eine Gefahr, vor der trotz grundsätzlicher Zustimmung in der Literatur nachdrücklich gewarnt wird[79], weil damit der Weg zu wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitsüberlegungen eröffnet wird, für die das UWG keine Rechtsgrundlage bietet[80]. So hält *Burmann*[81] den „Schutz der Allgemeinheit" für einen willkürlich auswertbaren und ausweitbaren Begriff für Argumente, die auf ganz anderer Ebene liegen.

Mit dem Argument „Schutz der Allgemeinheit" ist danach für die konkrete Entscheidung nichts gewonnen. Es ist eher eine Hilfskonstruktion, die in den Fällen, in denen das Urteil von der Begründung her befriedigt, entbehrlich ist, während in den Fällen, in denen sie das Urteil trägt, die Entscheidung nicht befriedigt[82]. Gleichzeitig zeigt sich aber auch, daß das UWG nicht mehr von Individualansprüchen her begriffen werden kann[83]. *Baumbach-Hefermehl* sind daher auch der Auffassung, daß das Wesen des Wettbewerbs in einer Synthese beider Auffassungen (der vom Individualschutz und vom Sozialschutz) gesucht werden muß[84]. Der Versuch, das Wettbewerbsrecht von subjektiven Rechten her zu begreifen, stößt inzwischen auch immer mehr auf Ablehnung[85].

---

79 Z. B. *Samwer*, GR 69, 328; *Nastelski*, GR 69, 322, 325.

80 Vgl. *Samwer*, GR 69, 328; *Krieger*, GR 68, 511, 513, 516; *Burmann*, WRP 68, 260; *Schwartz*, GR 67, 333, 342; *Kraft*, in: Festschrift für *Bartholomeyczik*, S. 226; *Nastelski*, GR 69, 322, 325. Wirtschaftspolitische Erwägungen finden sich z. B. in BGHZ 23, 365, 371 Suwa; bereits RGZ 160, 385 Lockenwickler; BGH GR 65, 489 Kleenex.

81 Daß mit Hilfe des Verdikts der Sittenwidrigkeit versucht wurde und wird, sich die Konkurrenz fernzuhalten, vermerkt *Steindorff*, summum ius, S. 59.

82 *Burmann*, WRP 68, 260.

83 *Schwartz*, GR 67, 333, 342.

84 Vgl. auch *Schwamberger*, NJW 61, 1186, 1187.

85 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. Anm. 39 ff.

3. Bestands- und Funktionssicherung

Gegenstand des UWG ist der Wettbewerb als selbständiges Ordnungsprinzip des wirtschaftlichen und sozialen Lebens. Ebenso wie das GWB[86] dient das UWG der Sicherung und Erhaltung des Wettbewerbs als Steuerungsmittel einer marktwirtschaftlichen Ordnung[87], das um bestimmter – lediglich erhoffter – Ziele willen als Koordinationsprinzip wirtschaftlichen Handelns gewählt wurde.

Dabei enthält sich das UWG jedoch einer inhaltlichen Bestimmung darüber, wie Wettbewerb sein soll[88]. Zwar sind in Einzeltatbeständen bestimmte Verhaltensweisen als Bestandsgefährdungen aufgezählt, die als funktionswidrig anzusehen sind. Mit der Generalklausel ist jedoch der Erkenntnis Rechnung getragen, daß nicht alle denkbaren Entwicklungen einer sich ständig im Fluß befindlichen Materie vorausgesehen werden können und diese durch enumerative Einzelregelungen tatbestandlich erfaßt werden können. Durch die Generalklausel ist daher der Rechtsprechung aufgegeben, von Fall zu Fall für nicht voraussehbare Beeinträchtigungen der Funktionsbedingungen von Wettbewerb, Regelungen zu treffen und so den gesetzgeberischen Auftrag zur Sicherung der Wettbewerbsordnung zu erfüllen[89]. Dazu ist zweierlei notwendig:

Einmal die Kenntnis der Funktionen und Wirkungszusammenhänge von Wettbewerb[89a]; damit soll nicht versucht werden, irgendwelche inhaltlichen Aussagen derart zu machen, daß die einzelnen Wettbewerbshandlungen anhand bestimmter Ziel-/Ergebnisaspekte überprüft werden. Dadurch sollen lediglich Zielkonflikte, die bei der Entscheidung über die jeweilige

---

86 Dazu unten § 8; daß GWB und UWG denselben Wettbewerb schützen und danach nicht begrifflich unterschieden werden kann, vgl. *v. Godin*, GR 65, 288 f.

87 Vgl. *Giere*, a.a.O., S. 196 ff., bes. 242 ff.; *Raiser*, summum ius, S. 145 ff.; ders., JZ 58, 1 ff.; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), S. 235, 238; *Ulmer, P.*, GR 77, 565, 577; *Möschel*, Wirtschaftsrecht der Banken, S. 356; der einzelne ist dann nur noch Funktionär der Gesamtordnung, so *Biedenkopf*, in: Festschrift für *Böhm*, S. 133 ff.; vgl. auch *Wiethölter*, in: Festschrift für *Böhm*, S. 41, 56 f.; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 245; *Gieseke*, GR 50, 298, 311; Gegen die Annahme, daß das UWG der Erhaltung der Wettbewerbsordnung dient: *v. Harder*, GR 62, 439, 441; *Würdinger*, WuW 53, 721, 730; *Döll*, BB 65, 173, 176; vgl. auch *Teubner*, a.a.O., S. 41; *Koenigs*, NJW 61, 1041, 1042; *Kummer*, a.a.O., S. 114.

88 *Meyer-Cording*, WuW 62, 462, 463.

89 Daß die Erhaltung der Funktionsbedingungen des UWG unter anderem auch ein Ziel des UWG ist, anerkennen auch *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 62; *Kraft*, Festschrift für *Bartholomeyczik*, S. 226; ders., Interessenabwägung, S. 247; *Samwer*, GR 69, 326, 327.

89a *Walz*, a.a.O., S. 185; *Steindorff*, in: summum ius, S. 77; als Hinweis auf das soziale Ordnungsgefüge versteht auch *Teubner*, a.a.O., die Gute Sitten-Klausel; vgl. auch *Esser*, a.a.O., S. 101, 281.

Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbshandlung virulent werden, herausgearbeitet werden[90]. Hier kann auf die Ergebnisse des 2. Teils zurückgegriffen werden.

Der zweite Aspekt ist folgender:

Ist Ziel des UWG die Erhaltung des Wettbewerbs[91], so ist nicht irgendeine denkbare Ausprägung eines auf der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung basierenden Wettbewerbssystems geschützt, sondern der sich innerhalb der – durch andere Regelungen geprägten – Wettbewerbsordnung entfaltende Wettbewerb. Insoweit sind auch andere Wettbewerb betreffende Regelungen für die Konkretisierung der Generalklausel miteinzubeziehen[92].

§ 8 GWB-Argumente im UWG

In erster Linie ist hier das „Grundgesetz des Wettbewerbsrechts", das GWB, von Bedeutung. Zuvor ist noch ein Einwand auszuräumen, der gegen nicht sittlich fundierte Argumente im UWG regelmäßig geltend gemacht wird: nämlich der der wettbewerbspolitischen Neutralität des UWG[93].

---

90 Dieser Aspekt hat erst in jüngster Zeit im UWG Beachtung gefunden, vgl. z. B. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 69 ff.; *Burmann*, WRP 67, 240; ders., WRP 73, 313 m. w. Nachw.; *Würdinger* WuW 55, 75; *Meyer-Cording*, JZ 69, 310; *Völp*, GR 62, 178; aus der Rechtspr. BGH GR 57, 365 Suwa; BGH GR 65, 489 Kleenex; BGH GR 69, 295 Goldener Oktober.

91 Vgl. *Raiser*, in: summum ius, S. 156; *Burmann*, WRP 67, 240 ff.; ders., WRP 72, 511 ff.; ders., WRP 68, 261; *Sambuc*, a.a.O., S. 119; *Rinck*, Gute Sitten, S. 165; *Lehmann*, Werbung, S. 149 ff.; ders., in: Festschrift für *Ulmer*, S. 327 f.; *Bussmann*, a.a.O., S. 314.; *Raiser*, GR int. 73, 443 ff.; *Ott*, a.a.O., S. 412; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235; *Kraft*, in: Festschrift für *Bartholomeyczik*, S. 23, 237; *Lindacher*, BB 75, 1312 f.; *Schwamberger*, NJW 61, 1185.

92 Vgl. auch *Sack*, GR 70, 493, 502; ders., BB 70, 1517; *Ott*, a.a.O., S. 419; *Raiser*, GR int. 73, 445; *Willemer*, WRP 76, 19, 20; ders., GWB Einwendungen, a.a.O.; *Lindacher*, BB 75, 1312; *Knopfle*, a.a.O., S. 42; vorsichtig *Schwarz*, GR 67, 333, 334; *Steindorff*, JZ 59, 198, 201.

93 Vgl. z. B. die Kontroverse bei *Kraft*, Festschrift für *Bartholomeyczik*, S. 223; *Lehmann*, Festschrift für *Ulmer*, S. 321 f.; ders., GR 77, 21 ff., 580 ff., 633 ff.; *Sack*, WRP 74, 247 ff.; ders., WRP 75, 261 für Strukturpolitik mit Hilfe des UWG bzw. Mittelstandsschutz; ähnlich *Droste*, WRP 64, 300 ff.; dagegen *Kraft*, Interessenabwägung, S. 235; *Schricker*, GR 74, 579, 581.

1. Das Postulat wirtschaftspolitischer Neutralität des UWG

Das Axiom wirtschaftspolitischer Neutralität[94] der Generalklausel wird mit der Inkongruenz von Wettbewerbspolitik und Moral begründet[95]. Einen solchen Gegensatz gibt es jedoch nicht.

Jede Verhaltensnorm, die auf einen Interessenausgleich gerichtet ist, bestimmt zugleich, was aus der Sicht des Normsetzers „gerecht und billig" ist[96]. Da Gerechtigkeit und Billigkeit aber Teile der Moral sind, ist eine solche Verhaltensnorm auch sozialethischer Natur[97]. Wirtschaftliche Ordnungsnormen, auch wenn sie unter wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten eine Ausgleichung wirtschaftlich divergierender Interessen erreichen wollen, sind Teile der rechtlich verbindlichen Sozialethik[98]. *Sack*[99] macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, daß – was vielfach verkannt wird – auch die marktwirtschaftliche Ordnung auf rechtsethischen Prinzipien beruht und demzufolge auch das Wettbewerbsprinzip, auf dem die geltende marktwirtschaftliche Ordnung aufbaut, eine rechtsethische Forderung ist[100]. Wirtschaftspolitik und Moral sind danach keine Gegensätze, die These von der wirtschaftspolitischen Neutralität des UWG daher nicht haltbar[101].

Zuzugeben ist, daß der Richter bei der Konkretisierung des § 1 UWG nicht zu Erwägungen ermächtigt ist, wie sie im Lockenwickler-[102] oder Diamantine-[103] Urteil des RG ausgedrückt sind. Weder der Maßstab kaufmännischer Vernünftigkeit, noch der gesamtwirtschaftlich erwünschten Aufwandes, noch Argumente des Mittelstandschutzes[104] etwa können aus § 1 UWG abgeleitet werden. Die Heranziehung ordnungspolitischer Wertungen aber ist nicht nur legitim, sondern gerade geboten.

---

94 Vertreten von *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. Anm. 71; *Reimann*, WuW 57, 623; *Königs*, NJW 61, 1041, 1042; *Nastelski*, GR 69, 322, 325; *Samwer*, GR 69, 326, 329; *Schwarz*, GR 67, 334, 343; *Seydel*, MA 56, 85; *Würdinger*, WuW 55, 71; *v. Harder*, GR 62, 439, 441; *Döll*, BB 65, 173; *Becher*, NJW 66, 1289; *Meyer-Cording*, JZ 64, 273; *Koenigs*, GR 68, 590; *Schricker*, GR int. 70, 187; vgl. auch *Steindorff*, JZ 59, 20; a. A. *Droste*, GR 61, 67; dagegen auch *Ulmer, P.*, GR 77, 578.

95 Vgl. z. B. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 72.

96 *Sack*, GR 70, 493, 496.

97 *Sack*, WRP 74, 247, 248.

98 Vgl. dazu Fn. 96 und 97.

99 GR 74, 244, 247, 254.

100 Vgl. *Raiser*, GR int. 73, 433, 446.

101 Vgl. auch *Ott*, a.a.O., S. 419; *Sack*, GR 70, 493, 499; ders., BB 70, 1513, 1517; *Schricker*, GR 74, 579, 582.

102 RGZ 160, 385.

103 RG GR 36, 810.

104 *Sack*, WRP 75, 261.

Der Gesetzgeber hat Wettbewerb als Ordnungsprinzip der Wirtschaftsordnung ausgewiesen und zum Gegenstand seines Schutzes in GWB und UWG gemacht. Damit wird auch der Richter bei der ihm im Rahmen der Generalklausel zugewiesenen Rechtsschöpfung[105] an die vom Gesetzgeber vorgegebenen Zielvorstellungen gebunden[106]. Als eine Regelung, die dem Ordnungsprinzip Wettbewerb verpflichtet ist, ist auch das UWG wie alle Wettbewerb betreffenden Regelungen im Interesse der Effizienz allgemeiner Ordnungsziele konvergent und einander ergänzend auszulegen[107]. Insoweit sind denn auch GWB-Zielsetzungen für das UWG von Bedeutung[108].

2. Schutzobjekt des GWB

Ebenso wie das UWG befaßt sich auch das GWB mit der Bestandssicherung des Wettbewerbs[109]. Beide setzen die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Entscheidung für eine marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung voraus und dienen dazu, diese Ordnung funktionsfähig zu erhalten[110]. Im GWB zum Ausdruck kommende Gewichtungen bei der Entscheidung von Zielkonflikten können daher auch Entscheidungen im Rahmen des UWG beeinflussen.

Bereits *Ulmer* hat in seiner Schrift „Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht“[111] auf diesen Zusammenhang aufmerksam gemacht. Er deutete dort schon an, daß beide Regelungsbereiche, die sich mit Wettbewerb befassen, das klassische UWG und das damals noch verhältnismäßig neue Kartellrecht in einem Gesamtzusammenhang gesehen werden müßten[112], und zwar als Bestandteile eines übergeordneten Wettbewerbsrechts.

---

105 Vgl. dazu *Steindorff*, in: summum ius, S. 63; *Coing*, NJW 47/48, 213; *Hedemann*, a.a.O., S. 62.

106 *Lindacher*, BB 75, 1311, 1312; vgl. *Schricker*, GR 74, 580; ders., GR int. 70, 187; *Steindorff*, JZ 59, 198; *Völp*, GR 62, 181, 182; *Kummer*, a.a.O., S. 121 f.; *Rinck*, Gute Sitten, S. 165; *Kellermann*, WuW 65, 559.

107 Vgl. *Ott*, a.a.O., S. 419; *Lindacher*, BB 75, 1311, 1312; *Mestmäcker*, AcP 168, 235, 253; *Raiser*, GR int. 73, 253.

108 *Sack*, BB 70, 1513, 1517; *Kellermann*, WuW 65, 559; *Schwamberger*, NJW 61, 1185; *Mangold*, a.a.O., 110; BKartA BB 65, 492, 493 Kraftfahrzeughandel.

109 Zur Schutzzweckdiskussion vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG, Anm. 36 m. w. Nachw.; *Fikentscher*, Wettbewerb, S. 152 ff. m. w. Nachw.

110 *Raiser*, GR int. 73, 443, 445.

111 A.a.O.; vgl. zur Frage die Dissertation von Willemer, a.a.O., bereits Benjamin

111 A.a.O.; vgl. zur Frage die Dissertation von *Willemer*, a.a.O., bereits *Benjamin*, GR 25, 36, 39; oben Fn. 91 und 92.

112 Nicht i. Sinne *Callmanns*, der das Kartellrecht dem UWG eingliedern will, vgl. die Einleitung zu Das deutsche Wettbewerbsrecht, 1934.

Das GWB ist ebenso wie das UWG ein Versuch „die durch Wettbewerb gesteuerte Marktwirtschaft funktionsfähig zu erhalten und vor ihrer Aufhebung durch sich selbst zu sichern“[113]. Wettbewerb ist kein Ziel an sich, sondern dient der Erreichung bestimmter wettbewerbstranszendenter ökonomischer und gesellschaftspolitischer Ziele[114]. Dabei besteht weitgehend Übereinstimmung darüber, daß im Konfliktsfall zwischen ökonomisch wachstumspolitischen und gesellschaftspolitischen Zielvorstellungen das GWB die Prädominanz der letzteren sicherstellen will[115]. Dieser grundsätzliche Vorrang der Sicherung der Freiheit wirtschaftlichen Handelns vor ökonomischen Zweckmäßigkeitsüberlegungen ist auch bei der Generalklausel des UWG zu berücksichtigen, da insoweit der auch vom UWG geschützte, „staatlich veranstaltete“[116] Wettbewerb Gestalt erfahren hat[117].

UWG und GWB wollen dem Mißbrauch des Rechts freier wirtschaftlicher Betätigung begegnen, um das Recht auf freie wettbewerbliche Betätigung zu erhalten[118]. Deshalb ist auch die Generalklausel des UWG sub spezie der Wettbewerbsfreiheit neu zu vermessen[119].

3. Verhältnis zwischen UWG und GWB

Der Heranziehung von Zielsetzungen des GWB für die Konkretisierung der Generalklausel des UWG steht die z. T. in der wettbewerbsrechtlichen Literatur vertretene Auffassung entgegen, zwischen UWG und GWB bestünde ein antinomisches Spannungsverhältnis[120], denn nur der lautere Wettbewerb sei frei. Versuche, Wettbewerb durch kollusives Verhalten zu beschränken, seien verboten; die vereinbarte Beschränkung *unlauteren* Verhaltens vom GWB dagegen in §§ 28 ff. als zulässige Wettbewerbsbeschränkung toleriert, ja gerade vorgesehen. Der Anwendungsbereich des GWB hänge somit von der Ausweitung des UWG ab. Andererseits führe das

113 *Säcker*, Zielkonflikte, S. 14; *Böhm*, WuW 53, 178.
114 Siehe oben § 4, 3.
115 *Säcker*, Zielkonflikte, S. 24 m. w. Nachw., Fn. 35, 18 und 37.
116 *Miksch*, a.a.O., S. 6.
117 So im Ergebnis auch *Willemer*, WRP 76, 16, 17 f.; ders., ausführlich in seiner Diss., a.a.O.
118 *Schwarz*, GR 67, 333, 343; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Allg. Anm. 81 m. w. Nachw.
119 *Nordemann*, GR 75, 625, 630 fordert eine solche Revision besonders unter dem Blickwinkel des Art. 2 Abs. 1 GG, dessen Einfluß auf das UWG nicht hinreichend berücksichtigt werde; vgl. auch *Burmann*, WRP 72, 511, 514; *Lehmann*, GR 77, 21, 25; *Völp*, NJW 61, 1916; ders., WuW 59, 96; *Raiser*, GR int. 73, 443, 445; *Ott*, a.a.O., S. 419; *Sack*, WRP 74, 247, 251 m. w. Nachw.
120 Bes. *Koenigs*, NJW 61, 1041; vgl. *Lehmann*, GR 77, 580, 586.

Fehlen eines Freiheitschutzes zur Selbstauflösung des Wettbewerbs, das UWG treffe dann ins Leere[121].

Diese Abgrenzung beider Regelungskomplexe gegeneinander läßt gerade die gemeinsame Zielrichtung beider Regelungsbereiche, die Sicherung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit, außer Betracht und orientiert sich lediglich an den verschiedenen in Einzeltatbestände normierten Sachverhalten, die als Mißbrauch des Rechts wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit qualifiziert sind. Gerade die Gemeinsamkeit in der Zielsetzung zwingt jedoch dazu, die Gewichtung der wettbewerbspolitischen Ziele, wie sie im GWB postuliert sind, auch für die Auslegung des UWG fruchtbar zu machen[122]. Dies gilt um so mehr, als durch das Grundgesetz des Wettbewerbs dem Aspekts der Wettbewerbsfreiheit besonderes Gewicht verliehen ist, während das UWG in Gestalt der Auslegung, die es in den ersten Jahrzehnten erfahren hat, tendenziell eher zur Sicherung bestehender Wettbewerbspositionen vereinnahmt wurde[123]. Gerade im Bereich des Nachahmungsschutzes wird diese Gefahr, daß das UWG als Handhabe zur Absicherung von Ausschließlichkeitspositionen benutzt werden kann, besonders deutlich. Deshalb ist eine Überprüfung unter dem Aspekt der Wettbewerbsfreiheit[124], wie sie die Berücksichtigung der GWB-Zielsetzungen erfordert, besonders notwendig.

4. Theorie der Wettbewerbsbeschränkung[125]

Wenn das UWG der Erhaltung des Wettbewerbs dient[126], sind ökonomische Zielvorstellungen im UWG nicht zulässig, sondern primärer Entscheidungsgesichtspunkt ist die unbeschränkte Freiheit wirtschaftlicher Be-

121 *Koenigs*, NJW 61, 1041.

122 *Schwamberger*, NJW 61, 1185, 1186; *Kellermann*, WuW 65, 551, 559; *Mangold*, a.a.O., S. 115; *Schmidt-George*, a.a.O., S. 24, 145 ff.; vgl. auch *Tetzner*, NJW 62, 1087, 1089; *Steindorff*, in: summum ius, S. 63; die Grundlagen der bestehenden Wettbewerbsordnung als maßgebliches Entscheidungskriterium hält auch *Droste*, GR 61, 74; *Schramm*, GR 37, 433.

123 Bereits *Seligsohn*, GR 26, 246; *Meyer*, GR 30, 215 ff.; *Benjamin*, GR 25, 111 f.; *Spengler*, WuW 55, 599; zu den schleichenden Patenten mit Hilfe des UWG auch *Czapski*, WuW 54, 321, 328; *Völp*, GR 62, 178, 181.

124 Vgl. dazu *Lehmann*, in: Festschrift für *Ulmer*, S. 321, 328; *Lobe*, Bekämpfung, S. 7 ff., 47 ff.; *Böhm*, Wettbewerb, S. 105 ff.; *Raiser*, in: summum ius, S. 145 ff.; *Steindorff*, in: summum ius, S. 58 ff.; ders., JZ 59, 197; vgl. *Schricker*, Gesetzesverletzung, S. 262.

125 Vgl. dazu *Moschel*, Wettbewerb im Schnittfeld ..., a.a.O., 333, 340; ders., JZ 75, 393, 399; ders., Pressekonzentration, S. 43; *Seydenfuß/Ewers*, a.a.O., S. 303, 326; *Hoppmann*, Zum Schutzobjekt, S. 91 ff.; siehe auch *Ulmer, P.*, GR 77, 565, 577.

126 Zur Problematik dieser im Kartellrecht vertretenen Auffassung vgl. *Möschel*, s. Fn. 125.

tätigung. Dann kann die Generalklausel nur in der Weise umgesetzt werden, als die einzelne Wettbewerbshandlung daran gemessen werden muß, ob sie zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfunktionen führt[127]. Zwar besteht auch bei diesem Versuch das Problem, daß damit Ursache- und Wirkungszusammenhänge beschrieben werden, die gerade nicht sicher, sondern lediglich im Sinne „erhofft kausaler"[128] Zusammenhänge mit der Entscheidung für Wettbewerb als maßgebliches Koordinationsprinzip verbunden sind.

Trotzdem bietet dieser Ansatz die Möglichkeit, indem er erfahrungswissenschaftliche Aussagen als Entscheidungshilfen heranzieht, die zu beurteilenden Verhaltensweisen systematisch einzuordnen. Die Heranziehung der Wettbewerbstheorie bietet so eine Handhabe, den eigentlichen Konflikt herauszuarbeiten, die ungleich leistungsfähiger ist, als die Kategorie der Interessen der Allgemeinheit und der Mitbewerber oder der Versuch, mit ethischen Wertmaßstäben adäquate Entscheidungen zu begründen. Zwar kann die Heranziehung wettbewerbstheoretischer Aussagen keine eindeutig ableitbaren Entscheidungen liefern[129]. Für die Entscheidung darüber, ob die Inanspruchnahme der Freiheit wettbewerblicher Betätigung eines Unternehmens die Freiheit der anderen Marktteilnehmer in einer, den Wettbewerb beeinträchtigenden und daher „unangemessenen" Weise beeinträchtigt, eine eigentliche Maß- und Gradfrage[130], ist sie jedoch eine nicht wegzudenkende Entscheidungshilfe.

5. Entscheidungskonflikte bei Nachahmungssachverhalten

Zieht man die im 2. Teil der Arbeit herausgearbeiteten Zielkonflikte für die Entscheidung heran, wann eine Nachahmung als an sich wettbewerbstypisches Verhalten in eine Wettbewerbsbeschränkung umschlagen kann, so ergeben sich für die Überprüfung der in der Rechtsprechung als unlauter qualifizierten Nachahmungen folgende Konfliktzonen:

a) Beeinträchtigt die Nachahmung die für das Funktionieren von Wettbewerb unabdingbare Entscheidungsfreiheit der Abnehmer?
b) Führt die in Frage stehende Nachahmung zu einer wettbewerbsgefährdenden Beeinträchtigung des Innovationsanreizes?

---

127 Vgl. *Raiser*, in: summum ius, S. 166: danach ist maßgebend, ob die Wettbewerbshandlung mit Sinn und Zweck des geschützten Ordnungsgefüges in Einklang steht oder dagegen verstößt. Vgl. auch *Dörinkel*, WuW 59, 82.

128 Vgl. *Möschel*, Wirtschaftsrecht der Banken, S. 338; *Hayek*, Rechtsordnung, S. 193 ff., 203; *Hoppmann*, Schutzobjekt, S. 90 ff.

129 Vgl. *Möschel*, Wettbewerb im Schnittfeld ..., a.a.O., S. 340; *Baur*, a.a.O., S. 150.

130 Vgl. *Möschel*, Pressekonzentration, S. 44; *Müller*, a.a.O., S. 17 ff.

Unter diesen Aspekten sind die von Rechtsprechung und Literatur als wettbewerbswidrig qualifizierten Nachahmungssachverhalte im folgenden zu untersuchen.

4. Teil: Überprüfung der Argumente der Rechtsprechung

§ 9 Rufausbeutung und Herkunftstäuschung

1. Zuordnung der Argumente

Die mit den beiden Stichworten bezeichneten und nach § 1 UWG als verboten angesehenen Nachahmungssachverhalte sind beide dem Konfliktfeld zwischen Imitationsanreiz von Wettbewerb und Entscheidungsfreiheit der Abnehmer zuzuordnen.

a) Rufausbeutung bzw. Ausbeutung

Der Vorwurf der Ausbeutung fremder Leistung ist eine moralisch eindeutige Bezeichnung für einen vielschichtigen Sachverhalt. Jede Aneignung fremder Leistung durch Nachahmung kann auch als Ausbeutung bezeichnet werden. Wann aber eine wettbewerbstypische Handlung in eine Wettbewerbsbeeinträchtigung umschlägt, ist gerade zu prüfen.

Rufausbeutung betrifft ebenso wie die Herkunftstäuschung Sachverhalte, in denen der Abnehmer möglicherweise bei seiner Kaufentscheidung über bestimmte Entscheidungsgrundlagen getäuscht werden könnte. Im Unterschied zur bloßen Herkunftstäuschung wird in den so rubrizierten Fällen[1] noch als zusätzliches Moment herausgehoben, daß der Kunde bestimmte Qualitäts- oder Gütevorstellungen über die nachgeahmte Ware hat, die sich der Nachahmer zunutze macht[2]. Daß beides selbständige voneinander unabhängige Entscheidungsgesichtspunkte sein können, erscheint zweifelhaft[3].

Voraussetzung für die Entwicklung von Qualitäts- oder Gütevorstellungen ist immer, daß der Abnehmer das zu erwerbende Produkt einer Vorerfahrung zuordnet. Dies kann eine eigene oder fremde Erfahrung mit einem

1 Z. B. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 473 ff., bes. 477 im Gegensatz zu Anm. 390.

2 Gütevorstellungen spielen über die Merkmale der Verwechslungsgefahr und der wettbewerblichen Eigenart auch bei der Fallgruppe der Herkunftstauschung eine Rolle, vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 390 bzw. 397, 398.

3 Siehe dazu *Schluep* im Zusammenhang mit den verschiedenen Funktionen des Kennzeichens, a.a.O., S. 80 f.; *Loewenheim*, a.a.O., S. 225 ff.

Produkt des Herstellers sein, es kann aber auch die Erinnerung an die Werbung des Herstellers mit dem Produkt sein. Zuordnungsträger für die Erfahrung kann nur die Herkunft des Produktes sein, die, ohne daß der Hersteller richtig identifiziert sein muß[4], sich aus bestimmten Kennzeichen (im weiteren Sinn) ergibt. Dabei ist unerheblich, ob der Käufer weiß, daß das Produkt aus dem Unternehmen A, B oder C kommt, der Hersteller also zutreffend identifiziert wird. Herkunftsvorstellungen brauchen sich nur daran zu orientieren, daß Produkte, die in bestimmter Weise „gekennzeichnet" sind, demselben Unternehmen zuzuordnen sind. Eine eigenständige Bedeutung hat dieses Argument daher m. E. nicht; dafür spricht auch, daß auch bei der Fallgruppe der vermeidbaren Herkunftstäuschung zum Teil Gütevorstellungen vorausgesetzt werden[5].

b) Herkunftstäuschung

Das Argument „vermeidbare Herkunftstäuschung"[6] birgt zwei Konfliktaspekte in sich: einmal die Überlegung, daß bei identischer oder verwechslungsfähiger Nachahmung die Entscheidungsfreiheit der Abnehmer beeinträchtigt sein kann; darüber hinaus aber auch, daß der Nachahmer eines originellen, kennzeichnungskräftigen Erzeugnisses die qualifizierte Hersteller-Kundenbeziehung beeinträchtigt, die der Originalhersteller aufzubauen im Begriff war oder die bereits bestand.

Als qualifizierte Hersteller-Kundenbeziehung wird hier bezeichnet die durch eine Kennzeichnung im weitesten Sinn mögliche, durch Werbung, Qualität, Service verstärkbare Vertrauensbeziehung zwischen dem Abnehmer und dem „Hersteller" der gekennzeichneten Ware, letztlich ein Teilaspekt des goodwill. Solche Merkmale, an die sich Identifikationsvorstellungen der Abnehmer knüpfen und die also geeignet sind, Güte- und Herkunftsvorstellungen des Verkehrs zu fixieren[7] (sogenannte wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produktes[8]) wird auch als sachliche Voraussetzung für den Schutz nach § 1 UWG verlangt[9].

---

4 Dabei ist unerheblich, ob der Käufer weiß, daß das Produkt aus dem Unternehmen A, B oder C kommt. Das Erzeugnis muß nur einem bestimmten Unternehmen zugeordnet werden.

5 Siehe oben Fn. 2.

6 Vgl. *Wertheimer*, GR 873, 878, der den Aspekt der Abnehmertäuschung neben den Fällen der Verletzung der betrieblichen Sphäre als einzige Begründung für einen Nachahmungsschutz im UWG zuläßt.

7 Vgl. i. E. *Nerreter*, GR 57, 403, 412; gegen Unterscheidung nach Herkunfts- oder Gütevorstellungen KG GR 29, 1313 Sparautomat; RG GR 30, 1127 Elektrolux.

8 Zum Begriff *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 39.

9 Vgl. *Tetzner*, § 1 UWG Anm. 80; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 391; *Nerreter*, GR 57, 525, 530 f.

Sedes materiae der qualifizierten Hersteller-Kundenbeziehung ist jedoch der Kennzeichenschutz, für die für uns relevanten Nachahmungssachverhalte der Ausstattungsschutz des § 25 WZG. Bevor auf die Verwendbarkeit einer eher dem Kennzeichenschutz zuzuordnenden Begründung im Rahmen des § 1 UWG eingegangen wird, ist zuvor die Grenze des Ausstattungsschutzes zu bestimmen. Dies ist um so wichtiger, als der größte Teil der unter Herkunftstäuschung rubrizierten Fälle zunächst unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Ausstattungsschutzes untersucht, dieser aber dann abgelehnt wurde[10].

2. Grenze zum Ausstattungsschutz

Nach § 25 WZG sind Ausstattungen einer Ware, Verpackung usw., die innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines Herstellers gelten, vor Nachahmung geschützt. Dabei braucht das Unternehmen nicht näher bekannt zu sein[11].

a) Begriff der Ausstattung

Als Ausstattung gilt dabei „jede äußere Form oder Aufmachung, in der ein Unternehmen seine Waren in den Verkehr bringt oder für sie wirbt, um sie von gleichen oder gleichartigen Waren zu unterscheiden“[12].

Funktion der Ausstattung ist danach die der Kennzeichnung, Individualisierung einer Ware neben anderen gleichartigen Waren[13]. Das impliziert, daß es möglich sein muß, Ausstattung und Ware zwar nicht räumlich[14], aber doch jedenfalls begrifflich voneinander zu trennen[15]. Ware und Ausstattung können nicht identisch sein. Dies ist nicht nur von der Funktion des Kennzeichens her eine zwingende Begrenzung. Sie ist auch deshalb erforderlich, weil auf andere Weise im Wege des Ausstattungsschutzes dauernde Herstellungsmonopole erreicht werden könnten, wenn der zeit-

10 Exemplarisch dafür BGHZ 5, 1 Hummel I; BGHZ 29, 62 Rosenthalvase; BGH GR 69, 293 Buntstreifensatin II; BGH WRP 76, 370, 372 Puderdose; BGHZ 50, 125, 131 Pulverbehälter. Dabei wurden die Grenzen vielfach verwischt, *Nerreter*, GR 57, 525, 530.

11 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 46.

12 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 1.

13 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 1.

14 So aber *Reimer*, a.a.O., 3. Aufl., Kap. 39, Anm. 2, 9; *Tetzner*, a.a.O., § 25 WZG, Anm. 17.

15 Vgl. BGHZ 5, 1, 6 Hummel I, wobei besonders deutlich wird, welche Schwierigkeiten das Postulat bei Merkmalen bedeutet, die nicht technisch funktionell bedingt sind. Vgl. auch *Nerreter*, GR 57, 525, 527.

lich unbegrenzte, lediglich von der Verkehrsgeltung abhängige Ausstattungsschutz auf Elemente der Ware selbst ausgedehnt werden würde, die durchaus Kennzeichnungskraft besitzen können[16]. Für den Schutz gewerblicher Leistungen als solche stehen jedoch ausschließlich Patent-, Urheber- und Musterrechtsgesetze zur Verfügung[17], die im Gegensatz zum Zeichenrecht auch nur einen zeitlich begrenzten Schutz gewährleisten. Gehören daher bestimmte Merkmale zum „Wesen der Ware", d. h. wird durch sie der Warentyp bestimmt, so sind sie nicht ausstattungsschutzfähig, selbst wenn sie kennzeichnende Wirkung haben (z. B. weil die Ware besonders originell ist oder weil bislang nur ein Unternehmer das gefragte Erzeugnis hergestellt hatte). Nachdem Rechtsprechung und Literatur diese Einschränkung des Ausstattungsschutzes zunächst nur auf technisch notwendige Gestaltungsmerkmale beschränkt hatten, ist dies inzwischen auch für willkürlich gewählte Gestaltungselemente anerkannt, wenn diese von den abnehmenden Verkehrskreisen als Warenelemente angesehen werden[18].

b) Verkehrsgeltung

Weitere Voraussetzung für die Anerkennung des Ausstattungsschutzes ist der Nachweis der Verkehrsgeltung oder Verkehrsdurchsetzung der fraglichen Gestaltung, für die Ausstattungsschutz begehrt wird. Das bedeutet, daß die Gestaltung als solche, ohne sonstigen Zusatz oder Hinweis, innerhalb der beteiligten Abnehmerkreise kennzeichnende Herkunftsvorstellungen oder Erkennungsreaktionen auslösen und als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb dienen kann[19].

Es reicht daher nicht die kennzeichnungskräftige Gestaltung allein, wenn sie sich z. B. wegen der Neuheit des Produkts noch nicht durchgesetzt hat.

3. Anwendungsfälle des UWG

In Fällen, in denen es an einer der Voraussetzungen für den Ausstattungsschutz fehlt, wird versucht, dem Mangel durch § 1 UWG abzuhel-

16 Vgl. BGHZ 5, 1 Hummel I und BGH GR 61, 581 Hummel II BGH GR. 62, 144, 148 Buntstreifensatin; BGHZ 29, 62, 64 Rosenthalvase.

17 BGH, a.a.O., oben Fn. 4; vgl. *Ulmer-Reimer*, a.a.O., S. 163, Anm. 225.

18 Vgl. die Rechtsprechung in Fn. 4: BGH GR 67, 315 einerseits; BGH GR 59, 423 Fußballstiefel und BGH GR 57, 603 Taschenstreifen andererseits.

19 Vgl. BGHZ 21, 266, 268 Uhrenrohwerke; BGHZ 35, 341 Buntsandstein; BGH GR 57, 369, 371 Rosa-Weiß-Packung; BGH GR 64, 621, 623 Klemmbausteine.

fen[20], wobei zwar der Bezug zum Ausstattungsschutz in den Entscheidungen deutlich ist – weil dieser abgelehnt wird –, die Rechtfertigung des wettbewerblichen Nachahmungsschutzes auf besondere Umstände gestützt wird, ohne daß dabei die Gründe, die zur Ablehnung des Ausstattungsschutzes geführt haben, bei der Prüfung des § 1 UWG nochmals reflektiert werden.

a) Fehlende Verkehrsgeltung

Fehlt es der nachgeahmten Ware an der Verkehrsgeltung – z. B. weil sie erst neu eingeführt ist oder nur regional bekannt ist, nicht aber im Verbreitungsgebiet des Nachahmers –, und liegen die übrigen Voraussetzungen für die Anerkennung des Ausstattungsschutzes vor, so stellt sich vor einem Schutz nach § 1 UWG zunächst die Frage nach einer etwa in § 25 WZG mitgeschützten Ausstattungsanwartschaft.

aa) Eine solche wird allgemein abgelehnt[21], weil § 25 gerade Verkehrsgeltung voraussetze und mit der Anerkennung einer Ausstattungsanwartschaft dieses Tatbestands-Merkmal praktisch obsolet würde. Gegen den Schutz einer Ausstattungsanwartschaft spricht auch, daß die Anerkennung gesetzlich begründeter Ausschließlichkeitspositionen in allen Fällen an genau bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, über die hinaus keine weiteren Rechte begründet werden dürfen, die Wettbewerbsbeschränkungen bedeuten würden. Diesen numerus clausus gewerblicher Schutzrechte[22] bestätigt auch das GWB, dessen Entscheidung für die Priorität der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung vor ökonomischen Ergebnissen[23] auch eine neue Überprüfung der gewerblichen Schutzrechte erforderlich machte[24]. Zwar sind in § 20 GWB, der die bestehenden Leistungsschutzrechte ausdrücklich aufnimmt und auf ihren Wesensgehalt zurückschneidet, die Kennzeichenrechte nicht erwähnt. Das GWB strahlt mit seiner Grundsatzentscheidung jedoch auch auf alle anderen Wettbewerb regelnden Normen aus[26].

---

20 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 103; *Nerreter*, GR 57, 525, 530; *Lindenmaier*, BB 52, 706; BGH GR 62, 409, 411 Wandsteckdose; BGH GR 62, 299, 303 Formstrip; BGH GR 63, 423, 427 coffeinfrei; BGH GR 64, 621 Klemmbausteine; BGHZ 5, 1, 11 Hummel I; BGHZ 35, 341, 348 Buntstreifensatin. Dadurch wird das Problem nur vom Ausstattungsschutz in das UWG verfrachtet, so auch *Gewiese*, GR 35, 633, 636.

21 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 102; *Tetzner*, 25 WZG Anm. 12; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, § 44, VI.

22 Vgl. selbst BGH GR 67, 490 Pudelzeichen; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WGZ Anm. 102 m. w. Nachw.; ausführlich *Korner*, BB 68, 1064 ff. mit weiteren Nachw.

24 Vgl. z. B. *Loewenheim*, a.a.O., S. 225 ff.

26 Vgl. BGHZ 14, 15, 18, wo zwar nicht ausdrücklich ein Bezug zum GWB hergestellt wird, aber das Argument der Beeinträchtigung des Wettbewerbs hervorgehoben wird; dazu auch *Lehmann*, GR 77, 21, 28.

bb) Wenn für § 25 WZG der Schutz einer Austattungsanwartschaft ausdrücklich abgelehnt wird mit dem Hinweis, daß sonst das Erfordernis der Verkehrsgeltung umgangen und dadurch der Nachahmungswettbewerb für kennzeichnungskräftige originelle Gestaltungen generell behindert würde, kann ein solcher Schutz auch nicht aus § 1 UWG abgeleitet werden. § 1 UWG greift erst da ein, wo eine Wettbewerbshandlung über die mit Wettbewerb zwangsläufig verbundene Beeinträchtigung einzelner Konkurrenten führt und zu einer Funktionsstörung wird. Angesichts der vielfältigen Möglichkeiten, seine Produkte zu kennzeichnen, und dem – im Interesse an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs notwendigen – Erfordernis, gesetzlich begründbare Monopole nur unter engen, klaren Voraussetzungen zuzulassen und im übrigen nur Rahmenbedingungen für die Kräfte des Wettbewerbs zu setzen, verbietet sich eine solche Ausweitung des Ausstattungsschutzes auch im UWG. Soweit nicht die Entscheidungsfreiheit der Kunden, der Abnehmer beeinträchtigt wird[27], bietet das UWG keine Rechtsgrundlage für einen erweiterten Ausstattungsschutz.

b) Nachahmung kennzeichnender Wesensmerkmale

Die Anwendung des § 25 WZG wird auch abgelehnt, wenn die kennzeichnenden Merkmale nicht, auch nicht räumlich verbundene Zutat der Ware, sondern die handelbare Ware selbst ausmachen[28]. Das kann sowohl bei technisch funktionell bedingten Merkmalen[29], wie auch bei ästhetischen Gestaltungsmerkmalen der handelbaren Ware selbst der Fall sein[30] (z. B. asymmetrische Vase, gestreifte Bettwäsche). Entscheidendes Argument ist, daß ohne diese Beschränkung jede originelle Gestaltung, weil zunächst nur von einem Hersteller in den Verkehr gebracht, leicht Verkehrsgeltung erlangen und damit einen zeitlich unbegrenzten Schutz vor Nachahmung beanspruchen könnte, wie ihn kein anderes gewerbliches Schutzrecht gewährt[31].

---

27 Zum historischen Hintergrund des Warenzeichens vgl. *Schluep*, a.a.O., S. 33 ff.

28 Vgl. die bei *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 5 f. zitierten Urteile; siehe auch *Vierheilig*, a.a.O., S. 134.

29 Zunächst wurden nur technisch bedingte Merkmale ausgenommen.

30 Siehe dazu BGHZ 5, 1 Hummel I; BGH GR 59, 289, 291 Rosenthalvase; BGH GR 67, 299, 301 Formstrip; BGH GR 62, 144, 148 Buntstreifensatin; BGH GR 72, 546, 547 Trainingsanzug.

31 In diesem Zusammenhang ist in Rechtsprechung und Literatur von Freihaltebedürfnis der Mitbewerber die Rede, womit der Sache nach dasselbe gemeint sein dürfte; vgl. *Reimer*, Wettbewerbsrecht 1933, 1. Band S. 395; dazu ausführlich die Arbeit von *Vierheilig*, a.a.O.

Diese Beschränkung auf Merkmale, die nicht mit der handelbaren Ware selbst identisch sind, ist aber auch von der Funktion des Kennzeichenschutzes her zwingend[32].

Durch den Schutz gewerblicher Kennzeichen soll dem Unternehmer ermöglicht werden, sein Produkt von anderen gleichartigen Waren durch eine bestimmte, typische Art der Präsentation der Ware (Verpackung, Bemalung u. dgl.) zu unterscheiden, zu individualisieren und so auf sein Unternehmen hinzuweisen. Das eröffnet ihm die Chance, mit jedem einzelnen Erzeugnis für alle so gekennzeichneten Erzeugnisse aus seinem Unternehmen durch besondere Qualität oder Service ganz allgemein zu werben, um eine intensivere Hersteller-Kundenbeziehung, um goodwill aufzubauen[33]. Ist aber nur die Kennzeichnung zur Individualisierung bestimmter Produkte eines bestimmten Warentyps geschützt, kann nicht eine originelle und daher zunächst kennzeichnungskräftige Kreation eines Warentyps selbst unter Berufung auf den Kennzeichenschutz vor Nachahmung geschützt werden[34]. Daneben verbietet sich eine solche Ausweitung auch im Hinblick auf das GWB[35].

c) Zulässigkeit kennzeichenrechtlicher Argumente im UWG

Daß das UWG von seiner Zwecksetzung her, der Bestandsicherung des Wettbewerbs[36], nicht Basis für einen erweiterten Kennzeichen- bzw. Ausstattungsschutz sein kann, ist als These ganz allgemein anerkannt[37]. Deshalb wird auch in Entscheidungen hervorgehoben, daß es nur die besonderen Umstände der Nachahmung seien, die den Schutz rechtfertigen[38].

aa) Gerade in den Fällen, in denen der Ausstattungsschutz versagt, weil die originell kennzeichnenden Merkmale mit dem Wesen der Ware verbunden sind, wird die Generalklausel in die Bresche geworfen. Das unlautere

---

32 Zu den Funktionen von Kennzeichen ausführlich *Schluep*, a.a.O., S. 67 ff., 80 f., 101 f.; *Loewenheim*, a.a.O., S. 225 ff.

33 Vgl. z. B. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 15.

34 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 25 WZG Anm. 5, 17, 19; *Wilde*, MA 54, 500; *Droste*, MA 54, 682; aus der Rechtspr. RGZ 40, 65, 67 Briefordner; RGZ 112, 352, 354 Sternseide; BGHZ 5, 1 Hummel I; BGHZ 29, 62, 64 Rosenthalvase; BGHZ 11, 129, 132 Zählkassetten.

35 Vgl. dazu z. B. *Loewenheim*, a.a.O., S. 286.

36 So *Lehmann*, GR 77, 21, 28; ders., GR 77, 580, 586 m. w. Nachw. in Fn. 46.

37 Z. B. *Nerreter*, GR 57, 525, 531; a. A. nur *Gewiese*, der § 1 UWG insoweit als Ersatz für die fehlende Möglichkeit eines Kennzeichenschutzes für technisch bedingte Merkmale angewandt wissen will.

38 *Seligsohn*, GR 26, 240; ders., MuW 30, 201; *Smoschewer*, GR 29, 381, 388; *Moser v. Filseck*, GR 30, 667; *Lindenmaier*, GR 49, 309, 311 waren die Vorreiter für diese Auffassung.

Besondere sei, daß der Nachahmer die wettbewerblich eigenartige Gestaltung[39] zum Verwechseln genau[40] nachahmt und dadurch die Vorlage ausbeutet bzw. auf die Verwechslung setzend die Ausbeutung in Kauf nimmt[41]. Was aber ist wettbewerbliche Eigenart in diesem Zusammenhang? An sich ein Begriff aus dem Geschmacksmusterrecht ist hier die kennzeichnungskräftige Gestaltung[42] gemeint, die Herkunfts-[43] und Gütevorstellungen[44] der Abnehmer zu binden geeignet ist. Ist deren Nachahmung aber durch das Kennzeichenrecht nicht verboten, weil sonst jede originelle Gestaltung ohne zeitliche oder gegenständliche Begrenzung vor Nachahmung geschützt werden könnte, wenn es ihr nur gelingt, verkehrsbekannt zu bleiben, dann darf das UWG, dem die Funktionssicherung des Wettbewerbs aufgegeben ist, nicht zu einem solchen Schutz in Dienst genommen werden. Anders dürfte jedes originelle, durch gewerblichen Rechtschutz nicht geschützte, Produkt *nur* mit einem auch für den flüchtigen Durchschnittsbetrachter[45] erkennbaren Abstand nachgeahmt werden, eine jedenfalls durch Argumente der Funktionssicherung von Wettbewerb nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs[46]. Eine solche Möglichkeit, kennzeichnungskräftige Gestaltungen außerhalb des Sonderrechtschutzes und unabhängig von dessen Voraussetzungen ohne zeitliche Begrenzung legal zu monopolisieren, widerspricht gerade dem Schutzzweck des UWG. Ein Verbot der Nachahmung mit der Begründung, daß die qualifizierte Hersteller-Kundenbeziehung, die sich die kennzeichnungskräf-

---

39 Zu den verschiedenen Wandlungen des Begriffs: *Haß*, GR 79, 361, 364.

40 Das heißt lediglich: ohne kennzeichnende Zusätze oder Hinweise, also ohne Maßnahmen gegen die Verwechslungsgefahr zu treffen, *Nerreter*, GR 57, 525, 531 m. w. Nachw.

41 Z. B. BGH GR 68, 591, 592 Pulverbehälter, nachdem der BGH von den subjektiven Erfordernissen mehr Abstand genommen hatte, die u. U. gerade zu einer Privilegierung der gedankenlosen Unternehmer geführt hätten, so *Falck*, GR 66, 45; vgl. auch *Haß*, GR 79, 361; *Vierheilig*, GR 77, 704, 707.

42 Deutlich die Tendenz im Pulverbehälterurteil, wettbewerbliche Eigenart nur noch im Hinblick auf die Herkunftsfunktion bestimmter Merkmale zu verstehen, BGH GR 68, 591, 592; *Droste* hält deshalb die Merkmale der Eigenart und Überdurchschnittlichkeit für hinfällig. BGH GR 70, 244 Spritzgußengel; BGH GR 70, 250, 252 Hummel III; BGH 73, 478, 480 Modeneuheit.

43 BGH GR 57, 37, 38 Uhrenrohwerk; BGH GR 62, 243, 247 Kindersaugflasche.

44 BGH GR 52, 516, 520 Hummel I; ausdrücklich Gütevorstellungen verlangt *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 398.

45 Keinesfalls ein idealtypischer, vergleichender Abnehmer.

46 Auf die Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen durch § 1 UWG weist neuerdings auch OLG Düss. WRP 78, 378, 380; vgl. auch *Vierheilig*, a.a.O., S. 151; ebenso bereits *Benjamin*, GR 25, 111 ff. und 268 ff.; a. A. *Gewiese*, GR 35, 636; ders., GR 36, 298; *Schroeter*, GR 49, 239; *Beier*, GR int. 55, 344; die alle ein Verbot der Nachahmung selbst für erforderlich halten.

tig-originelle Neuheit aufgebaut hat, durch identische Nachahmung ausgebeutet werde, läßt sich aus dem UWG nicht rechtfertigen[47].
bb) Auch die geforderten subjektiven Merkmale (in Verkehr bringen ohne erkennbaren Abstand in der Gestaltung) weisen zwar in die richtige Richtung, verwirren aber nur. Insoweit ist nämlich an die Konsequenz der identischen Nachahmung, die mögliche Täuschung der Abnehmer gedacht. Der Vorwurf orientiert sich aber immer noch an der Ausbeutung fremder Leistung, wodurch das Verbot der identischen Nachahmung selbst gerechtfertigt erscheint. Nicht Nachahmungsfreiheit einerseits und Schutz einer qualifizierten Hersteller-Kundenbeziehung ist jedoch der maßgebende Entscheidungskonflikt, sondern entscheidend ist die Frage: wieviel Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs nötig ist, um die Entscheidungsfreiheit der Abnehmer sicherzustellen.

4. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Abnehmer

Wie bereits oben[48] dargestellt, ist die Freiheit der Marktgegenseite eine unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren von Wettbewerb, das Erkennen des Vorhandenseins von Alternativen überhaupt deren erste Bedingung. Führt eine Nachahmung dazu, daß die Abnehmer die Entscheidungsalternative als solche nicht mehr erkennen können, weil sie beide als aus einem Unternehmen stammend ansehen, führt die Nachahmung zu einer Funktionsbeeinträchtigung, zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Maßgebend ist also, ob der Verkehr der Herkunft der Ware entscheidungserhebliche Bedeutung beimißt[49].

a) Herkunfts- und Gütevorstellungen

In diesem Zusammenhang bestehen unterschiedliche Auffassungen, ob Herkunfts- oder Gütevorstellungen[50] oder beides zusammen[51] im Verkehr bestehen müssen.
aa) Um überhaupt Gütevorstellungen zu einem Produkt entwickeln zu können, ist zunächst eine primäre Assoziationsbasis erforderlich, an die

47 Daß die Rspr. in diesem Punkt die Wirkungen der Entscheidungen zum UWG im Hinblick auf den Kennzeichenschutz nicht unterschätzt hat, sagen Entscheidungen wie Hummel BGHZ 5,1 und Buntstreifensatin I BGH GR 62, 144.

48 Vgl. § 4, 2 oben.

49 Bes. OLG Düss. WRP 78, 216, 218 Stuhlmodelle; vgl. auch BGH WRP 78, 885 Modeschmuckanhänger.

50 Gütevorstellungen: BGH GR 52, 516, 520 Hummel I; BGH GR 59, 240, 243 Nelkenstecklinge; Herkunftsvorstellungen: BGH GR 57, 37, 38 Uhrenrohwerke; BGH GR 62, 243, 247 Kindersaugflaschen; BGH GR 63, 152, 156 Rotaprint.

51 Wird besonders bei der Fallgruppe der Rufausbeutung gefordert.

sich sekundäre Kaufmotive knüpfen können[52]. Gütevorstellungen liegen nicht auf der Identifikationsebene. Sie setzen voraus, daß der Käufer ein Produkt wieder erkennt als ein gleiches vorbekanntes. Erst auf der zweiten Ebene liegen die Kaufmotive, wie Qualitätsvorstellungen und anderes mehr. Ob auch Gütevorstellungen über das betreffende Produkt bestehen, ist deshalb hier irrelevant.

bb) Üblicherweise wird hier unterschieden zwischen sogenannten Massen- und Dutzendwaren, bei denen der Verkehr der Herkunft keine Bedeutung beimißt[53], und Erzeugnissen, bei denen die Herkunft bei der Kaufentscheidung von Bedeutung ist[54].

Der Begriff der Massen- und Dutzendware ist eher irreführend als kennzeichend für das Gemeinte, denn nicht zwingend sind es nur Gegenstände der Massenfabrikation, bei deren Nachahmung Herkunftsvorstellungen des Käufers getäuscht werden können. So ist bei Stühlen[55] das Vorliegen von Herkunftsvorstellungen abgelehnt, bei den Hummelfiguren[56], die vom BGH ausdrücklich als Massenwaren bezeichnet worden sind, Herkunftsvorstellungen angenommen worden. Ob der Verkehr der Herkunft bestimmte Bedeutung beimißt, hängt u. a. von den Usancen des betreffenden Marktes, aber auch von denen des Herstellers der nachgeahmten Erzeugnisse ab. Auch der Vertriebsweg kann in diesem Zusammenhang entscheidend sein. So kann die Gefahr von Verwechslungen größer sein, wenn beide, Nachahmer und Originalhersteller denselben Vertriebsweg benutzen.

b) Pflicht zur Kennzeichnung

Um die Gefahr von Verwechslungen zu vermeiden, ist nicht zwingend eine andere Gestaltung, ein Abstand[57] vom Vorbild erforderlich. Aus der Sicht der Abnehmer ist, was die Möglichkeit eines Produktvergleichs betrifft, gerade das Vorhandensein zweier gleicher Produkte die optimale Voraussetzung. Nicht ohne Grund liegt auch dem Modell der vollkomme-

52 Z. B. *Loewenheim*, a.a.O., S. 240, 242; *Beier*, GR int. 68, 14; *Vanzetti*, GR int. 65, 134; *Miosga*, GR 68, 570; Die Rechtsprechung anerkennt neben der Herkunfts- auch die Qualitätsfunktion, vgl. BGHZ 41, 84 ff. Maja.

53 *Hubmann*, GR 75, 230, 231 m. w. Nachw.

54 Z. B. BGH GR 67, 317, 318 skai cubana; BGH GR 66, 97, 100 Zündaufsatz; BGH GR 64, 621, 624 Klemmbausteine; BGH GR 62, 144, 149 Buntstreifensatin I; BGH GR 69, 292, 293 Buntstreifensatin II; BGH GR 70, 244, 246 Spritzgußengel; *Hubmann*, GR 75, 230, 231.

55 Z. B. OLG Düss. WRP 78, 216 ff. Stuhlmodelle und BGH GR 61, 581 Hummel II.

56 Hummel I BGH GR 51, 516, 520.

57 Die Abstandslehre des WZG findet hier Eingang in das UWG - vgl. BGH GR 61, 581 Hummel II; ausdrücklich für die Übernahme der Abstandslehre *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 408.

nen Konkurrenz die Annahme der Gleichheit der angebotenen Produkte zugrunde[58]. Wenn aber der Verkehr dem Umstand der Herkunft Bedeutung beimißt, so besteht für den Hersteller einer verwechslungsfähigen Imitation die Pflicht, auf die unterschiedliche Herkunft hinzuweisen. Zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr reicht es aber aus, daß die Imitation mit einem Kennzeichen versehen wird, das deutlich macht, daß das Erzeugnis aus einem anderen Unternehmen kommt[59]. Wie der Nachahmer auf die unterschiedliche Herkunft aufmerksam machen muß, richtet sich nach den Usancen auf dem konkreten Markt und nach der Kennzeichnungsweise des Originalherstellers. In der Regel wird die Pflicht zur Kennzeichnung durch deutliches Anbringen der Firma auf der Ware selbst erfüllt[60], wenn der Originalhersteller auf diese Weise oder durch Anbringen eines Warenzeichens auf sein Unternehmen hinweist. Eignet sich die Ware nicht zum Anbringen des Kennzeichens oder ist dies unüblich, so müssen entsprechend die kennzeichnenden Zutaten, selbst wenn diese mangels Verkehrsgeltung noch keinen Ausstattungsschutz beanspruchen könnten, die unterschiedliche Herkunft kenntlich machen (Verpackung oder Werbung beispielsweise dürfen nicht *zusätzliche* Assoziationsmerkmale des Vorbildes enthalten).

Sicher kommt es auf die „Umstände des Einzelfalles an", ob und gegebenfalls welche Maßnahmen erforderlich sind, um eine bestehende Verwechslungsgefahr zu markieren, und es ist letztlich eine Maß- und Gradfrage, wo der Bereich wettbewerbsimmanenter Beeinträchtigung aufhört und eine Wettbewerbsbeschränkung diagnostiziert werden muß. Sind Zielkonflikt und Gewichtung der Ziele bei der Entscheidung über einen wettbewerblichen Sachverhalt deutlich herausgearbeitet, werden die Entscheidungen transparenter und das Ziel, durch das UWG den Wettbewerb nur soweit zu „beschränken" als zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen unbedingt nötig, eher erreicht.

Ein bekanntes Beispiel, die Hummel-Entscheidung, soll dies verdeutlichen: Dort hat der BGH, nachdem zunächst der Ausstattungsschutz abgelehnt worden war[61], unter Hinweis auf die Verwechslungsgefahr mit dem benützten Vorbild die Abstandslehre des Ausstattungsschutzes auf den Nachahmungsschutz durch § 1 UWG transponiert und eine abweichende Gestaltung verlangt. Weil aber einerseits die Unterscheidungsfähigkeit eines großen Teils des Abnehmerpublikums nicht so differenziert sei[62] und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Konkurrenten gerade entgegen dem

58 Vgl. die Darstellung bei *Kantzenbach*, a.a.O.
59 So bereits *Smoschewer*, GR 29, 381, 384; *Nolting-Hauff*, MuW 30, 390.
60 Vgl. gerade BGH GR 61, 581, 583 Hummel II.
61 Vgl. BGH GR 51, 516 ff. Hummel I.
62 Vgl. BGH GR 61, 581, 583 Hummel II.

Interesse der Allgemeinheit zu sehr beschränkt würde, sollte die Verwechslungsgefahr nicht allein ausschlaggebend sein[63]. Den einzuhaltenden Abstand bestimmt er dann nach der Originalität und dem – in diesem Fall künstlerischen – Aufwand des Originalherstellers[64]. Schließlich wurde der Schutz aus § 1 UWG doch abgelehnt, weil der Gesamteindruck der Originale von dem der Nachahmung auch für den Durchschnittsbetrachter unterscheidbar sei und lediglich – abgesehen von der rechtlich irrelevanten Wahl desselben Sujets – durch Zeitgeschmack bedingte Ähnlichkeiten festzustellen waren.

Nach den oben dargestellten Kriterien wäre der Sachverhalt so zu beurteilen: Nachdem der Geschmacksmusterschutz abgelaufen und § 25 WZG nicht anwendbar ist, kann lediglich der Vertrieb der zulässigen Nachahmung nach § 1 UWG dann wettbewerbswidrig sein, wenn Verwechslungen beider Erzeugnisse möglich sind. Liegen im Gesamteindruck abweichende Gestaltungen vor, ist die Kennzeichnung nicht erforderlich. Besteht die Gefahr von Verwechslungen, weil die Abweichungen im Gesamteindruck nicht so offensichtlich sind, daß ein Abnehmer, der das Original kennt, den Unterschied in der Kaufsituation bemerken kann (was im vorliegenden Fall nach den Ausführungen des BGH wohl zu verneinen war), so besteht für den Nachahmer die Pflicht, die durchaus gleichen Figuren nachdrücklich unter seinem Firmennamen oder einem sonstigen Kennzeichen zu verkaufen, das sich von dem des Originalherstellers deutlich unterscheiden muß (Schriftzüge, Wortklang, Farbkombination).

Will der Original-Hersteller für sein Produkt eine qualifizierte Hersteller-Kundenbeziehung aufbauen bzw. eine aufgrund der bisherigen Alleinstellung bereits bestehende ausbauen, so stehen ihm alle Möglichkeiten des dazu geschaffenen Kennzeichenschutzes zur Verfügung[65]. Hat er bereits davon Gebrauch gemacht, so ist der Nachahmer gehalten, bei der Wahl eines eigenen Kennzeichens einen erkennbaren Abstand zu dem des Originalherstellers zu halten, um den durch die Gleichheit der Produkte bedingten Eindruck gleicher Herkunft der Produkte nicht zu verstärken, sondern zu beseitigen. Auf diese Weise wird dem Nachahmungswettbewerb auch zugunsten der Abnehmer nur soviel Beschränkung auferlegt, wie erforderlich ist, um die Entscheidungsalternative kenntlich zu machen und so die Entscheidungsfreiheit der Abnehmer sicherzustellen.

---

63 A.a.O., S. 583.

64 Bedenken dagegen hat bereits *Reimer* in der Anm. zu Hummel II, GR 61, 581, 585 angemeldet.

65 So bereits *Schroeter*, GR 49, 228, 231; *Nolting-Hauff*, MuW 30, 390.

c) Pflichten aus verdichtetem sozialem Kontakt

Der Umfang der Anstrengungen, die der Nachahmer zur Kennzeichnung des Produktes unternehmen muß, läßt sich auch mit einem anderen Gesichtspunkt erfassen: nämlich aus dem Wettbewerbsverhältnis zum Originalhersteller.

Zwischen Originalhersteller und Nachahmer besteht ein Wettbewerbsverhältnis[66]. Auf die Kontroverse, ob § 1 UWG im Hinblick auf § 13 UWG nur anwendbar sei bei Wettbewerbshandlungen mit gleichen oder gleichartigen Waren[67] oder ob auch der bloße Kaufkraftwettbewerb ausreicht[68], braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Fest steht, daß durch die Nachahmung einer Ware sich der soziale Kontakt zweier Wettbewerber über den der bloßen Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr hinaus, ja auch über den der Konkurrenz auf dem Markt gleichartiger Güter auf eine besondere Weise verdichtet. Hinsichtlich des Vertriebs der verwechslungsfähigen Nachahmung wird der Aktionsradius beider Wettbewerber quasi deckungsgleich, die Aktion jedes Wettbewerbers beeinhaltet damit die Gefahr einer Auswirkung auf den Konkurrenten (Werbung, Sachmängel und anderes mehr). Der so verdichtete soziale Kontakt, der durch den Vertrieb der an sich zulässigen identischen Nachahmung entsteht, begründet aber erhöhte Sorgfaltspflichten des Nachahmers nicht nur gegenüber den Abnehmern[69] sondern auch gegenüber dem Originalhersteller. Insoweit kann die Generalklausel Verhaltenspflichten begründen[70]. Die Verhaltenspflicht für den Nachahmer besteht in erster Linie darin, die Folgen des über die bloße Konkurrenz auf demselben Markt mit alternativen Produkten hinausgehenden sozialen Kontakt zu beseitigen[71], indem er die Tatsache, daß *zwei* Unternehmen dasselbe Produkt vertreiben, kenntlich macht; d.h. er muß seine Nachahmung mit einem von dem des Originalherstellers verschiedenen Kennzeichen versehen. In welcher Weise er seiner Kennzeichnungspflicht genügen kann, bestimmt sich danach, in welchem Umfang er das Vorbild imitiert hat und wie der Ersthersteller *selbst* auf die Herkunft des Produkts hingewiesen hat.

---

66 Vgl. dazu i. E. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Einl. UWG Anm. 187 ff., 197 ff.; *Knöpfle*, a.a.O., S. 67 ff., 87.

67 i. E. vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., Fn. 66.

68 Siehe dazu *Knöpfle*, a.a.O., S. 87, 67 f.

69 Siehe oben § 9, 4c.

70 *Gernhuber*, a.a.O., S. 70 zur pflichtenbegründenden Funktion der Generalklauseln.

71 *Benjamin*, GR 25, 111 skizziert das Dilemma des Nachahmers, der sich in seiner Gestaltung zwischen den Fallstricken der Judikatur und den vorhandenen Typen hindurchwinden muß und dann eine einer Mischung aus Teckel und Windhund

5. Zusammenfassung

Zur Lösung des Konflikts zwischen Imitationsanreiz von Wettbewerb und der bei verwechslungsfähigen Nachahmungen zu gewärtigenden Wettbewerbsbeschränkung durch Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Abnehmer ist nicht erforderlich und im Hinblick auf Grenzen des Ausstattungs- und Sonderrechtschutzes im Interesse freier wirtschaftlicher Betätigung auch nicht zu rechtfertigen, daß der Nachahmer in der Gestaltung selbst Abstand halten muß. Der Nachahmer ist nach § 1 UWG jedoch verpflichtet, beim Vertrieb die verwechslungsfähige Nachahmung als eine aus einem anderen Unternehmen stammende zu kennzeichnen. Diese Kennzeichnungspflicht ist auch dadurch begründet, daß mit zunehmender Nähe der Produkte der soziale Kontakt mit dem Originalhersteller dichter wird, der größere Berührungskreis andererseits erhöhte Sorgfaltspflichten erfordert: Zunehmendere Produktnähe muß mit deutlicherer Kennzeichnung entsprechend der Usancen des Originalherstellers kompensiert werden. So ist einerseits die Wettbewerbsbeschränkung durch Verwechslungsgefahr der Abnehmer aufgehoben, andererseits dem gesamtwirtschaftlich bedeutsamen wettbewerbsimmanenten Imitationsanreiz so wenig Beschränkung wie nur nötig gesetzt.

§ 10 Unmittelbare Leistungsübernahme

Mit der Fallgruppe der unmittelbaren Leistungsübernahme[72] meinte man, jedenfalls für eine Reihe von Nachahmungsfällen, Merkmale erarbeitet zu haben, mit deren Hilfe eine Nachahmung leicht und zweifelsfrei als wettbewerbswidrig erkannt werden kann.

1. Unterschied zur Nachahmung

Daß die Unterscheidung zwischen nachschaffender Leistung einerseits und „bedenkenloser Ausnutzung einer fremden, mit Mühe und Kosten geschaffenen Arbeitsleistung auf rein mechanischem Weg mit einer technisch völlig gleichartigen Wirkung und ohne jede Verbesserung oder irgendwelche eigene Zutat“[73] andererseits nicht immer zweifelsfrei möglich ist, zeigen Urteile wie z. B. „Apfelmadonna“[74].

---

gleichkommende Gestaltung erhält, die kaum als konkurrenzfähiges Produkt angesehen werden kann.

72 Siehe oben 1. Teil.

73 RGZ 128, 330, 335, 343 Graf Zeppelin; BGH GR 69, 618, 620 Kunststoffzähne, wonach derjenige, der ein fremdes Arbeitsergebnis übernimmt, Gründe dafür darlegen muß.

2. Leistung als Kriterium

Untersucht man die Argumente, die für die Wettbewerbswidrigkeit der als unmittelbaren Leistungsübernahme eingruppierten Fälle vorgetragen werden, so ist der Hauptvorwurf im Unterschied zur einfachen Nachahmung der, daß der Nachahmer nicht nur ein Vorbild nachschaffend wiederholt, sondern ohne *eigene Leistung*[75] unter Benutzung des fremden Werkes sich am Wettbewerb beteiligt, weil er das Werk z. B. auf fotomechanischem Weg vervielfältigt[76] oder Abgüsse fertigt oder fremde Formen benutzt[77]. Hier findet der Gedanke Ausdruck, daß das UWG den Leistungswettbewerb schützen und Störungen durch Nichtleistungswettbewerb verhindern soll[78].

a) Der Begriff des Leistungswettbewerbs

Der Begriff des Leistungswettbewerbs ist in erster Linie ein in der Wirtschaftswissenschaft[79] verwendeter Begriff, der von dort seinen Eingang in das Wettbewerbsrecht gefunden hat. Dort wird[80] der Leistungswettbewerb als das entscheidende Koordinationsprinzip einer marktwirtschaftlich orientierten Gesellschaft bezeichnet, als eine geordnete Kampfveranstaltung, bei der alle Beteiligten ein und dieselbe sozialförderliche Fähigkeit an der Lösung ein und derselben Aufgabe versuchen und bei der der Siegespreis demjenigen zufällt, der die Aufgabe am besten gelöst hat[81]. Es geht

---

74 BGHZ 44, 288, 297 Apfelmadonna; vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 472, 465.

75 Vgl. auch *Krause*, GR 59, 353, 354; *Gastiger*, GR 65, 179, 180 f., der bei der Ausnutzung fremder Leistung mit Hilfe technischer Möglichkeiten das Wettbewerbsrecht mangels Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses gar nicht für anwendbar hält und deshalb diese Fälle in den Bereich des Persönlichkeitsrechts und der unerlaubten Handlung verweisen will.

76 RGZ 73, 294, 297 Schallplatten; BGH GR 69, 186 Reprint, BGHZ 28, 388 Nelkenstecklinge.

77 BGH GR 61, 40, 41 Wurftaubenpresse.

78 Zum Begriff des Leistungswettbewerbs ausführlich *Freitag*, a.a.O., S. 3 ff.; vgl. *Ulmer, P.*, GR 77, 565 ff.; *Benisch*, Schutz des Leistungswettbewerbs, S. 18 ff.; *Fikentscher*, a.a.O., S. 113 ff.; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, Kap. 49, IV; *Dörinkel*, DB 67, 1883, 1885, der die Verwendung des Begriffs als zu unbestimmt ablehnt. Der Aspekt des Leistungswettbewerbs wird vor allem im Zusammenhang mit der sog. Wertreklame erörtert, daneben auch bei den Wettbewerbsregeln des § 28, Abs. 2 GWB, vgl. dazu nur *Sack*, GR 75, 297, 302 ff. und *Schmiedel*, WuW 75, 743, 745 ff.

79 Zum Begriff i. E. ausführlich *Freitag*, a.a.O., S. 3 ff. m. w. Nachw.; zur Notwendigkeit des Leistungsprinzips für das UWG vgl. *Fikentscher*, Wettbewerb, S. 127; kritisch dazu *Ott*, Festschrift für *Raiser*, S. 403, 408.

80 I. S. der Freiburger Schule.

81 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 212.

dabei also um den gesamtwirtschaftlichen Aspekt des Koordinationsprinzips Wettbewerb und nicht um die Umschreibung der Anstrengung der einzelnen Wettbewerber.

Im Zusammenhang mit dem Benzinkampf der Dreißigerjahre hat *Nipperdey*[82] den Begriff als Gegensatz zum Behinderungswettbewerb zur Interpretation des § 1 UWG verwandt. Wettbewerb durch eigene tüchtige Leistung soll danach sogar dann, wenn die Schädigung der Mitbewerber *bezweckt*[83] und nicht nur Folge eigener Wettbewerbshandlungen ist, grundsätzlich erlaubt sein[84]. Weitergehend stellt *Hefermehl*[85] dem Leistungswettbewerb dem Nichtleistungswettbewerb entgegen, um so einen Maßstab für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen zu bekommen, der jedenfalls als Indiz für den negativen Charakter einer Wettbewerbshandlung gelten kann. Leistungswettbewerb liegt danach dann vor, wenn die zum Vergleich stehenden Leistungen der rivalisierenden Gewerbetreibenden frei zur Entfaltung kommen und nicht durch wettbewerbswidrige Praktiken verfälscht werden. Leistungswettbewerb wird danach unter dem Aspekt der Freiheit und der Transparenz des Wettbewerbs gesehen. Gleichwohl wird die unmittelbare Leistungsübernahme von ihm als wettbewerbswidrig abqualifiziert, weil gar keine eigene Leistung angeboten werde[86]. Damit wird aber dem Begriff des Leistungswettbewerbs eine inhaltliche, auf Art und Weise der Anstrengung des Wettbewerbers ausgerichtete Bestimmung gegeben[87]. Auch *Fikentscher*[88] versteht den Begriff mehr inhaltlich im Sinne von Wettbewerbshandlungen, die „in Anbetracht ihrer Wirkung auf Mitbewerber und Kunden unter Berücksichtigung der dahinter stehenden Leistung des Handelnden dem allgemeinen wirtschaftlichen Fortschritt oder auch dem allgemeinen Ablauf des Wirtschaftslebens gemäß" erscheinen. Damit ist aber nicht gemeint, daß zulässige Wettbewerbshandlungen nur solche sind, die auf eigenen Anstrengungen (im Sinne von geldwerten Leistungen) basieren und nicht sich fremde Leistungen zunutze machen. So würde z. B. die Entwicklung von Verfahren zur mechanischen Vervielfältigung anderer gewerblicher Leistungen als Mühe und Kosten insofern nicht registriert, als deren Einsatz zu wettbewerbswidrigem Verhal-

---

82 *Nipperdey*, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16 ff.

83 Bei der Kampfpreisunterbietung.

84 Auch RGZ 134, 342 ff. Benzinkampfurteil.

85 *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., 9. Aufl. Einl. UWG Anm. 70 ff.

86 I. S. von Anstrengung oder Aufwendung.

87 Dagegen auch *Dörinkel*, DB 67, 1883, 1885: Die Entscheidung darüber, ob das angebotene Produkt als wettbewerbliche Leistung Erfolg hat oder nicht, soll der Verbraucher treffen. Dazu braucht lediglich verhindert zu werden, daß der Käufer bei seiner Entscheidung über entscheidungserhebliche Umstände getäuscht wird. Vgl. dazu auch *Knöpfle*, a.a.O., S. 56 ff.

88 A.a.O., S. 116.

ten qualifiziert wird, obwohl die Möglichkeit der schnelleren und billigeren Verbreitung begehrter Objekte einer der Erfolge ist, von denen man annimmt, daß sie in einer Wettbewerbswirtschaft unter besseren Bedingungen erreicht werden als z. B. in einer Planwirtschaft. Nicht der Richter soll jedoch entscheiden, ob die „Leistung" eine Leistung ist, sondern der Wettbewerb[89].

b) Beurteilungsmaßstab für Wettbewerbshandlungen

Wenn einer Nachahmung daher nicht andere Gründe entgegenstehen (z. B. das Verbot der Verwertung strafbar erlangter Kenntnisse), kann die Frage wettbewerblicher Zulässigkeit nicht daran gemessen werden, ob die Nachahmung durch quantifizierbare, gar mit den Aufwendungen des Erstherstellers vergleichbare Anstrengungen ermöglicht worden ist, wenn das Ergebnis, das nachgeahmte Produkt, wettbewerblich nicht zu beanstanden ist, weil es keinem sondergesetzlichen Schutz unterstellt ist. Die Tatsache, daß der Nachahmer zur Erstellung seiner Kopien das fremde Erzeugnis unmittelbar benutzt, also keine Anstrengungen in dem Maß wie der Erstherstellers aufwendet, kann für die Frage wettbewerblicher Zulässigkeit nicht erheblich sein. Gerade der Fall des fotomechanischen Nachdrucks von Werken, deren urheberrechtlicher Schutz abgelaufen ist und bei denen die konkrete Auflage auch nicht als künstlerische oder wissenschaftliche Edition eigenen Urheberrechtschutz genießt[90], zeigt, daß mit dem Argument des Leistungswettbewerbs die Anwendung moderner Technologie verhindert und die billige Herstellung und Verbreitung zu Ungunsten der Abnehmer verhindert wird[91]. Das Verbot unmittelbarer Leistungsübernahme führt selbst zu einer Beschränkung von Wettbewerbsfunktionen[92] weil dadurch die schnellstmögliche Verbreitung eines Gutes und damit die optimale Versorgung der Nachfrage verhindert wird. Daß es gerade im Bereich des fotomechanischen Nachdrucks Argumente gibt, die einen umfassenderen Schutz rechtfertigen könnten[93] ist kein Grund, diesen Sonderschutz mit Hilfe des § 1 UWG zu erzwingen. Der Begriff der wettbewerblichen Leistung erweist sich danach nicht als taugliches Abgrenzungsmerkmal für wettbewerbsgemäßes und wettbewerbswidriges Verhalten. So wird von der

89 Im Ergebnis ebenso *Freitag*, a.a.O., S. 120 ff., 125; kritisch auch *Ott*, Festschrift für *Raiser*, S. 403, 408; vgl. auch *Nordemann*, GR 75, 625, 631.

90 Siehe BGH GR 69, 186 Reprint; bereits RGZ 73, 294 Schallplatten.

91 So besonders *Blum*, a.a.O., S. 107 und S. 51 m. w. Nachw.; auch *Meyer*, GR 30, 215 ff.

92 Zum Verbot der Verwertung technischer Vervielfältigungsmethoden auch *Luchterhandt*, GR 69, 581, 590.

93 Z. B. Gefährdung der Existenz wissenschaftlicher Zeitschriften u. a. m.

Verwendung des Begriffs „Leistungswettbewerb" als Schlagwort, das leicht zu Fehlinterpretationen führt, auch vielfach gewarnt[94].

3. Andere Argumente

Die übrigen im Zusammenhang mit der Fallgruppe der unmittelbaren Leistungsübernahme genannten Gründe (Zeitfaktor zwischen Imitation und Innovation[95] und grundsätzlicher Schutz des geistigen Eigentums in bestimmtem Umfang[96]) decken sich mit denen des „ergänzenden Leistungsschutzes" und werden deshalb im Zusammenhang dort behandelt.

§ 11 Der ergänzende Leistungsschutz[97]

Die wettbewerbsrechtlich interessanteste Ausprägung des Nachahmungsschutzes nach § 1 UWG ist der ergänzende Leistungsschutz[98].

1. Die Begründung des Schutzes

In zwei Zielrichtungen gehen die den Schutz rechtfertigenden Argumente[99].

a) Zuordnung gewerblicher Leistung als Prinzip der Rechtsordnung

Wird das nachgeahmte Erzeugnis als schutzwürdig qualifiziert, weil es wettbewerbliche Eigenart aufweist oder weil es unter Mühe und Kosten erstellt worden ist, wird daraus gefolgert, daß das Leistungsergebnis dem Hersteller als eine Art geistiges Eigentum zugeordnet ist, das gegen Ausbeutung geschützt werden müsse[100]. Gegenstand des Vorwurfs ist also nicht,

94 Z. B. *Knopfle*, a.a.O., S. 56 ff.; *Nell-Breuning*, WuW 52, 373; *Dörinkel*, DB 67, 1883, 1885. Vgl. auch *Schmidt-George*, a.a.O., S. 152 f.
95 siehe unten 3.
96 siehe unten 2a.
97 Im einzelnen siehe oben § 2c.
98 Zur Entwicklung auch *Nerreter*, GR 57, 403 ff. und 525 ff.
99 Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 473.
100 *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252 f.; *Traub*, WRP 73, 305, 308 f.; *Schramm*, WuW 56, 199, 205. Danach dient das UWG letztlich dazu. Lücken im gewerblichen Rechtschutz zu schließen, vgl. auch *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 423; *E. Reimer*, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, S. 151; *D. Reimer*, Festschrift für *Wendel*, 1969, 98, 101, 104.

daß der Verkehr das Erzeugnis einem bestimmten Erzeuger zuordnen könnte und deshalb vor der Gefahr von Verwechslungen geschützt werden müsse, sondern daß jemand die Früchte der Anstrengung und Arbeit eines anderen, dem sie billigerweise zukommen müßten[101] sich aneignet, ohne dazu befugt zu sein. Der besondere Schutzwert des nachgemachten Erzeugnisses kann danach – unabhängig von der Regelung der bestehenden Immaterialgüterrechte und ohne daß deren Anwendungsbereich geschmälert sein sollte – einen Schutz vor Nachahmung gebieten[102]. Gedankliche Voraussetzung für die Qualifikation einer Leistung als schutzwürdig ist das Postulat, daß jedem, der mit Anstrengung und Mühe eine Leistung erbringt, die Rechtsordnung einen angemessenen Lohn sichern will; ein Leitbild, das auch und gerade dem Sonderrechtschutz ursprünglich zugrunde gelegen haben mag[103]. Gerade aus der Ausgestaltung des Sonderrechtschutzes wird deshalb auch gefolgert, daß nicht jede gewerbliche Leistung eine solche eigentumsähnliche Zuordnung rechtfertigt, sondern nur eine solche, die sich durch die Originalität oder Bedeutung für die Allgemeinheit über den Durchschnitt der gewerblichen Leistungen heraushebt[104]. Dieser Gedanke liegt auch dem Versuch zugrunde, den Problemen der wettbewerblichen Zulässigkeit einer Nachahmung mit den Kategorien des Bereicherungsrechts beizukommen[105].

Der Sonderrechtschutz ist bei dieser Argumentation im Verhältnis zum UWG daher nicht mehr als eine abschließende Regelung des Leistungsschutzes zu sehen, also keine gesetzliche Ausnahme bei im übrigen grundsätzlich unbeschränkter Freiheit zur Nachahmung, sondern das UWG wird zum verlängerten Sonderrechtschutz für Sachverhalte, die möglicherweise bisher mangels Aktualität in den bestehenden Sonderrechtschutz nicht ein-

---

101 Vgl. z. B. *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 473; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252 f.; BGH GR 73, 478 Modeneuheit und BGH GR 72, 189, 190 Wandsteckdose.

102 *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 253; vgl. auch bereits *Callmann*, GR 28, 254; *Utescher*, JW 33, 1091 ff.; dagegen allerdings entschieden *Gewiese*, GR 35, 633, 634, der eine Erweiterung des Schutzes schöpferischer Persönlichkeit oder eines Anreizes zu innovatorischer Tätigkeit als Aufgabe des Gesetzgebers ansieht.

103 Siehe dazu *Hubmann*, GR 75, 230, 235.

104 *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252; *Schramm*, WuW 56, 199.

105 Vgl. *Callmann*, GR 28, 251, 256; ders., Kommentar zum UWG, S. 116; *Schroeter*, GR 49, 230, 235; *Spielmann*, GR 25, 216; Kritik bei *Isay*, GR 28, 421, der diese Lösung lediglich als Verlagerung der Fragestellung ohne argumentativen Gewinn ablehnt; ebenso *Gewiese*, GR 36, 298; *Möhring*, Festschrift für *Hämmerle*, S. 235.

bezogen wurden und deshalb über § 1 UWG entsprechend geschützt werden sollen[106].

b) Optimale time lag

Das zweite Argument zielt auf eine wettbewerbstheoretische Annahme, nämlich der eines optimalen Zeitraums (optimale time lag) zwischen Innovation und Imitation[107].

Zwischen dem Inverkehrbringen eines Produktes durch den Ersthersteller und der Nachahmung durch Mitbewerber, die, durch den Erfolg des Produktes angelockt, das Erzeugnis nachahmen, liegt unter „normalen" Verhältnissen eine Zeitspanne, die dem Ersthersteller Zeit läßt, seine Monopolstellung auszunutzen. So kann er z. B. hinreichende Nachfrage vorausgesetzt die Stellung als Alleinanbieter in der Preisgestaltung ausreizen und neben der Amortisation der aufgewandten Kosten angemessene, je nach Reaktionsgeschwindigkeit des Nachahmungswettbewerbs höhere oder niedere Differenzialgewinne herauswirtschaften. Dabei hängt die Reaktion der Nachahmer besonders davon ab, wie komplex das Erzeugnis ist, wieviel know how zur Herstellung erforderlich ist[108]. Wettbewerbsrechtlich unzulässig soll die Nachahmung nun dann sein, wenn der Nachahmer dadurch, daß er das fragliche Produkt nur kopiert und keine eigenen Entwicklungskosten und -zeit aufwendet, den natürlichen Vorsprung des Erstherstellers verkürzt, so daß dieser keinen „angemessenen" Vorsprungsgewinn erzielen oder gar nicht einmal seine Entwicklungskosten amortisieren kann[109]. Besonders wichtig wird der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz deshalb dann gehalten, wenn entweder technische Neuerungen eine Verkür-

---

106 Vgl. *Blum*, a.a.O., S. 52; dagegen wendet sich auch *Luchterhandt*, GR 69, 581, 585, Fn. 39, der darin zu Recht eine Umfunktionierung des UWG in einen kleinen Sonderschutz sieht.

107 So besonders *Luchterhandt*, GR 69, 581, 587 ff.; vgl. auch BGH GR 66, 617, 620 Saxophon; bes. BGH GR 69, 618 Kunststoffzähne; Zum Vorsprungsgedanken auch *Ulmer*, Sinnzusammenhänge, S. 21; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 54 ff.; *Eichmann*, GR 67, 564, 572.

108 Dazu bereits BGH GR 69, 186, 188 Reprint; *Schramm*, WuW 56, 199; *Nerreter*, GR 57, 534; *Tetzner*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 89; *Schramm*, Grundlagenforschung, S. 75 ff., 218 ff.; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 385; *Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 532; *Hubmann*, GR 75, 235; BGH GR 73, 478 f. Modeneuheit; BGH GR 72, 189, 190 Wandsteckdose.

109 Deshalb wurde als besonders verwerflich die unmittelbare Leistungsübernahme angesehen, ausführlich dazu *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 434; *Luchterhandt*, GR 69, 581, 587.

zung der Zeitspanne ermöglichen[110] oder wenn es beispielsweise in der Natur des besonderen Marktes liegt, daß der Nachahmer bereits vor dem Inverkehrbringen mit dem Modell konfrontiert wird und dadurch in die Lage versetzt wird, gleichzeitig mit dem Ersthersteller das Erzeugnis anzubieten[111].

c) Schutz des Innovationsanreizes

Ein weiteres Argument findet sich in diesem Zusammenhang, nämlich, daß der ergänzende Leistungsschutz – neben den gesetzlich geregelten Immaterialgüterrechtschutz – auch für andere Sachverhalte zur *Erhaltung* des Wettbewerbs notwendig sei, weil durch die unbeschränkte Nachahmung für eher initiative Unternehmer der Anreiz zu neuen Anstrengungen genommen werde. Dies deshalb, weil keine zureichende Chance zur Erzielung eines wirtschaftlich attraktiven Vorsprungs erwartet werden kann[112]. Aus diesem Grund wird bei dem aus § 1 UWG entwickelten Leistungsschutz, der nun ebenso wie die gewerblichen Sonderschutzrechte zeitlich begrenzt werden muß, die Kalkulation des Unternehmers als Richtschnur für die Bemessung der Zeitdauer mit herangezogen[113].

2. Die Patentdiskussion

Die zur Rechtfertigung eines ergänzenden Leistungsschutzes in § 1 UWG vorgetragenen Argumente sind nahezu ausschließlich solche, die in anderem Zusammenhang ausführlich diskutiert werden, nämlich in der Auseinandersetzung um die Rechtfertigung des Patentwesens und dessen Einpassung in eine Wettbewerbsordnung, die sich in erster Linie die möglichst ungestörte Freiheit wirtschaftlicher Betätigung zum Anliegen macht.

Gerade unter dem Blickwinkel geänderter Wettbewerbsvorstellungen hat besonders das Patentwesen wegen seiner Bedeutung für den techni-

110 BGH GR 69, 186, 188 Reprint.

111 BGH GR 73, 478, 480 Modeneuheit, ein Erzeugnis, bei dem mangels kompliziertem know how der Zeitraum trotz der möglicherweise hohen Aufwendungen des Originalherstellers für eine verkaufsreife Nachahmung äußerst kurz sein kann.

112 Vgl. dazu *Traub*, GR 73, 186, 191; *D. Reimer*, Festschrift für *Wendel* 1969, 98, 101, 104; zum Leistungsschutz siehe auch BGH GR 68, 591, 592 Pulverbehälter; BGH GR 72, 189, 190 Wandsteckdose; *Droste*, WuW 56, 199, 205; *Ulmer*, Sinnzusammenhänge, S. 21; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 54 ff.; *Eichmann*, GR 67, 564 ff.; ausdrücklich BGH GR 66, 617, 620 Saxophon; *Luchterhandt*, GR 69, 581, 589 f.

113 I. E. dazu besonders BGH GR 69, 186, Reprint; BGH GR 73, 478 Modeneuheit.

schen Fortschritt die Aufmerksamkeit auf sich gezogen[114]. Soweit also die einen ergänzenden Leistungsschutz befürwortenden Argumente in der Patentdiskussion ihre Parallele finden, kann auf die dort gewonnenen Ergebnisse zurückgegriffen werden.

a) Eigentumstheorie

Nur scheinbar aus sittlicher Entrüstung rührt das Argument, daß als grober Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen sei, wenn ein Wettbewerber nicht nur sich die Erfahrungen anderer Konkurrenten zunutze macht, sondern ein Konkurrenzprodukt bis in letzte Details einfach nachahmt und sich dadurch das fremde Produkt gleichsam aneignet. Als erschwerend wird dann gewichtet, wenn der Nachahmer durch Preisunterbietung, die ihm ohne Gewinneinbuße mangels eigener Entwicklungskosten möglich ist, den Originalhersteller aus dem Markt drängen will. Hintergrund solcher Argumente ist die These, daß die Rechtsordnung jedem das Ergebnis seiner Anstrengungen, die Früchte seiner Arbeit zuweise[115].

aa) Zuordnung der Leistung

Die Annahme, daß die Rechtsordnung jedem die Früchte seiner Leistung zuordne, findet ihre Entsprechung in der Theorie vom geistigen Eigentum, die bei der Begründung des Patentrechts zeitweise eine führende Rolle gespielt hat, heute allerdings kaum noch vertreten wird[116]. In der geltenden Rechtsordnung findet die These jedoch keine Stütze[117]. Einmal steht dagegen, daß die gewerblichen Schutzrechte nicht *jede* gewerbliche Leistung, sondern nur begrenzte, eine bestimmte Qualifikation aufweisende Ideen dem Schöpfer zur ausschließlichen Benutzung zuordnet und auch das nicht vergleichbar mit dem Eigentum, sondern von vornherein nur zeitlich begrenzt. Weiter erfährt aber auch derjenige keine Zuordnung seiner Leistung, der diese zwar originär entwickelt hat, dem aber ein anderer, der unabhängig dieselbe Leistung erbracht hat, bei der Erreichung des formellen Schutzes zuvorkommt. Hinzu kommt – selbst wenn man unterstellt, daß historisch das Patentrecht durch den Gedanken vom immateriellen Eigentum begründet wurde –, daß die konkrete Wettbewerbsordnung die gewerblichen Schutzrechte dem Postulat der möglichst unbeschränkten

114 Vgl. die Untersuchung von *Walz*, a.a.O.

115 Als Beispiel nur *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252; ders., GR 75, 230, 235; *Nerreter*, GR 57, 527, 533; auch *Blum*, a.a.O., S. 112.

116 Vgl. dazu i. E. *Machlup/Penrose*, GR 61, 377 ff.; *Walz*, a.a.O., m. w. Nachw.; *Strohm*, a.a.O., S. 42 ff.

117 Zur Begründung im einzelnen vgl. die in Fn. 116 zitierten Nachweise.

Freiheit wettbewerblicher Betätigung unterordnet und in § 20 GWB die gewerblichen Schutzrechte ausdrücklich auf ihren Wesensgehalt beschränkt und zurückstutzt. Daraus erhellt auch, daß die gewerblichen Schutzrechte als Ergebnis wettbewerbspolitischer Zweckmäßigkeitsüberlegungen beibehalten sind[118]. Sind die gewerblichen Schutzrechte danach als Innovationen motivieren sollende Oasen im Wettbewerb zu verstehen, die wegen der ihnen immanenten Gefahr für den Wettbewerb auf das als notwendig vermutete Minimum beschränkt bleiben sollen, ist kaum plausibel, in ihnen die deklaratorische gesetzliche Ausprägung eines allgemeinen Rechtsprinzips zu sehen.

bb) Ausbeutung durch Preisunterbietung[119]

Ist die Aneignung fremder Leistungen nicht prinzipiell, sondern nur in begrenzten, gesetzlich normierten Ausnahmefällen verboten, ist schon deshalb zweifelhaft, ob die Unterbietung des Preises, den der Originalhersteller verlangt, eine andere Beurteilung rechtfertigen kann. Wettbewerbswidrig ist eine Wettbewerbshandlung dann, wenn sie als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert werden muß[120]. Die Verwertung fremder Leistung ist nun gerade ein wettbewerbsinduziertes Verhalten, der Anreiz zur Imitation ein Aspekt der Antriebsfunktion von Wettbewerb. Führt die Nachahmung selbst nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs, weil sie weder den Anreiz zu Innovationen lahmlegt, noch zu einer Beschränkung der Wahlfreiheit der Abnehmer führt, dann ändert an der Beurteilung auch nichts, wenn der Nachahmer sein Produkt billiger anbietet[121]. Gerade die optimale Auswertung vorhandenen Wissens und die schnellere Verbreitung ästhetischen und technischen Fortschritts sind ökonomische Ziele, von denen man annimmt, daß sie durch Wettbewerb am ehesten erreicht werden. Gerade die Verbilligung eines Produktes ist aber ein Faktor, der die Popularisierung eines Erzeugnisses maßgebend beschleunigt. Fast absurd erscheint es, wenn demgegenüber die Nachahmung gerade deshalb als sittenwidrig angesehen wird, wenn der Nachahmer, anstatt zum gleichen Preis wie der Hersteller anzubieten und dadurch noch höhere Gewinne zu erwirtschaften, als dem Originalhersteller überhaupt möglich war, stattdessen die eige-

---

118 Dazu ausführlich die Arbeit von *Walz*, a.a.O.; zum Warenzeichen *Loewenheim*, a.a.O., beide mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

119 *Gewiese*, GR 35, 633, 641; *Schramm*, GR 74, 369, bei dessen Beispiel allerdings die Verwechslungsgefahr eine entscheidende Rolle spielt, S. 370; differenzierend zur Preisunterbietung *Smoschewer*, GR 29, 381 ff. Nicht als entscheidend werten die Preisunterbietung *Schramm*, WuW 56, 199, 202; *Nerreter*, GR 57, 524; *Neuhaus*, a.a.O., S. 96; *Max*, a.a.O., S. 119.

120 Vgl. dazu oben § 8, 4.

121 So auch *Max*, a.a.O., S. 117; *Callmann*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Anm. 55; *Schramm*, WuW 56, 199, 202; *Neuhaus*, a.a.O., S. 96.

ne Kostenersparnis an die Verbraucher weitergibt[122]. Im Gegenteil verhält sich gerade der wettbewerblich idealtypisch, der aufwand- und kostensparende vorhandene Erfahrungen ausnützt *und* die Kostenvorteile an den Verbraucher weitergibt – wenn er nur bei der Nachahmung einer Verwechslungsgefahr durch entsprechende Kennzeichnung seines Produktes vorbeugt und die Entscheidung über die wettbewerblich bessere Leistung der Marktgegenseite überlassen bleibt[123].

Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte höchstens dann angenommen werden, wenn die Nachahmung zu einer Beeinträchtigung des Innovationsanreizes führte. Insoweit könnte auch die Preisunterbietung ein Aspekt der Gesamtbetrachtung sein; dann nämlich, wenn intensive Nachahmung und Preisunterbietung dazu führen, daß kein Anreiz zu risikoreicher Initiative mehr besteht[124].

b) Bereicherung als Lösungshilfe

Zuvor ist noch auf ein anderes Argument einzugehen, das in diesen Zusammenhang gehört: Ein Versuch, das Problem der Nachahmung in rechtstechnische Kategorien zu bringen, ist der bereicherungsrechtliche Ansatz[125]. Orientiert man sich an den zivilrechtlichen Bereicherungstypen, so käme hier nur die Eingriffskondiktion in Betracht. Deren Voraussetzung ist aber gerade, daß der Nachahmer im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines Rechts eine Bereicherung erlangt. Mit anderen Worten wäre Voraussetzung, daß der Ersthersteller eine Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt innehat, deren Vorteil sich der Bereicherte zu eigen macht, ohne dem Rechtsinhaber gegenüber berechtigt zu sein[126]. An einer solchen rechtlichen Zuweisung des wettbewerblichen Leistungsergebnisses fehlt es jedoch außerhalb der gewerblichen Schutzrechte[127]. „Eine Rechtsordnung, die ihrem Subjekt die Freiheit gewerblicher Betätigung gewährt, kann ihm nicht gleichzeitig einen Tätigkeitsbereich mit festen Chancen und Erwerbserwartungen durch ein absolutes Recht zuweisen“[128]. Da somit dasselbe Problem

---

122 So auch die in Fn. 121 zitierten Autoren; vgl. auch *Isay*, GR 28, 421, 426.

123 Den Gesichtspunkt, daß die Aneignung geistiger Leistung kein per se wettbewerbswidriges Verhalten ist, unterstreicht besonders *Benjamin*, GR 25, 117 ff., mit dem Hinweis auf die amerikanische Rechtsprechung, bei der der Aspekt der Herkunfttäuschung entscheidend im Vordergrund steht.

124 Vgl. schon *Gewiese*, GR 36, 297.

125 Vgl. *Schroeter*, GR 49, 230, 235; *Callmann*, GR 28, 251 f.; ihm folgend RG GR 32, 366 Dekorentwürfe; RG GR 37, 251 Künstliche Blumen; RG MuW 34, 36 Verpackungsschachteln; *Gewiese*, GR 36, 298.

126 Vgl. *Esser*, Schuldrecht BT, 4. Auflage, S. 365.

127 Selbst bei jenen ist zu differenzieren; so fehlt es zum Beispiel am Zuweisungsgehalt beim Warenzeichenrecht, vgl. *Mestmäcker*, JZ 58, 521, 525 m. w. Nachw.

128 *Mestmäcker*, JZ 58, 521, 526.

lediglich ins Bereicherungsrecht verlagert wird, ohne daß dadurch ein Lösungsansatz gewonnen wäre, wird diese Überlegung auch überwiegend als unfruchtbar abgelehnt[128a].

Die These, daß mit dem Nachahmungsschutz im UWG einem allgemeinen Rechtsprinzip Folge geleistet werden müßte, findet daher in der geltenden Rechtsordnung keine Stütze.

c) Die Belohnungstheorie

Eine weitere Begründung zur Rechtfertigung des Patentwesens war, daß es ein Gebot sozialer Gerechtigkeit sei, demjenigen, der die Allgemeinheit mit seiner Leistung bereichere, zu belohnen. Auch diese These ist nicht unbestritten. Gegen Sie wird eingewandt, daß der Vorsprung, den der erste Benutzer einer Idee habe, in der Regel genüge, um ihm einen Gewinn zu sichern, der als Belohnung für die Bereicherung der Allgemeinheit angesehen werden könne. Dazu komme noch, daß je nach Art der gewerblichen Leistung, je nach Umfang des erforderlichen know how usw., das Tempo der Ausbreitung bzw. des Einsatzes der Nachahmer schneller oder langsamer ist und sich so eine dem Umfang der Bereicherung der Gesellschaft adäquate Belohnung von selbst einstellt[129].

Im UWG, das lediglich den Schutz des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip, nicht aber unmittelbar bestimmte ökonomische Ergebnisse zum Ziel hat, ist dieser Einwand unbrauchbar.

d) Ansporntheorie

Ebenso unzulässig ist das in manchen Äußerungen durchscheinende Argument, daß der Ausschluß der Nachahmung für die Zeit der Amortisation der Entwicklungskosten und Erzielung eines angemessenen Gewinns für die „Bereicherung" der Allgemeinheit den Ansporn für innovatorische Leistungen fördern soll. So ist der Schutz patentfähiger Leistungen (entsprechendes gilt für die anderen gewerblichen Schutzrechte) als Instrument der Wirtschaftspolitik zur Förderung technischen Fortschritts anzusehen[130]. Bereits im Patentrecht ist jedoch zweifelhaft, ob ein zeitweiliger

---

128a Gegen den bereicherungsrechtlichen Ansatz: *Isay*, GR 28, 421, 426; *Reimer*, GR 33, 454; *Gewiese*, GR 36, 298; *Lindenmaier*, GR 49, 310; *Luchterhandt*, GR 69, 582 Fn. 2; *Möhring*, Festschrift für *Hämmerle*, S. 235; *Englert*, a.a.O., S. 302; zum Bereicherungsanspruch auch *Kellmann*, Grundsätze der Gewinnhaftung, S. 144 160.

129 Vgl. dazu *Machlup*, GR int. 61, 378 ff., 382 ff.; *Schramm*, WuW 56, 199, 205 sieht in dem Schutz des zeitlichen Vorsprungs ausdrücklich eine Belohnung des Erstherstellers im Sinne eines Kompromisses zwischen Allgemeinheit und Sonderinteressen.

130 *Machlup*, Grundlagen, S. 387; vgl. auch *Walz*, a.a.O., S. 236 ff.

Schutz vor Nachahmung sich zur Förderung des Innovationsanreizes überhaupt eignet und dadurch der erhoffte Effekt zusätzlicher Innovationsbemühungen erreicht werden kann. Dabei spielt eine Rolle die Überlegung, daß die Behinderung des Nachahmungswettbewerbs durch Gewährung von Ausschließlichkeitspositionen die erstrebten ökonomischen Vorteile möglicherweise überwiegt[131]. Immerhin zeigen Beispiele[132], daß Hersteller hochwertiger Erzeugnisse auf den Schutz des Patents verzichten, um die Offenlegung des know how zu vermeiden und gleichwohl durch stete Innovationen ihren Vorsprung halten können.

Bedenken gegen die Übertragbarkeit des Belohnungs- oder Ansporngedankens zur Begründung eines ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes ergeben sich aber nicht nur daraus, daß die Unsicherheit der erhofften Wirkung zwar nicht unbedingt für die Abschaffung, aber zumindest gegen die Ausweitung der bestehenden gewerblichen Sonderschutzrechte spricht. Bedenken bestehen deshalb, weil, wie oben bereits erwähnt, für die *Förderung* bestimmter ökonomischer Ziele im UWG kein Raum ist[133]. Das UWG dient der Erhaltung der Funktionsbedingungen einer Wettbewerbsordnung, von der man annimmt, daß sie die erhofften ökonomischen und gesellschaftspolitischen Ziele unter optimalen Bedingungen erbringt. Die Schaffung von auch noch so begrenzten wirtschaftlichen Besitzständen zur unmittelbaren Förderung ökonomischer Ziele oder die Belohnung wettbewerblich eigenartiger Leistungen durch Gewährung von wenn auch befristeten Ausschließlichkeitspositionen mit Hilfe der Generalklausel, widerspricht der Zielsetzung des UWG und findet von daher im UWG keine Stütze[134].

e) Behinderung technischen Fortschritts

Als Wettbewerbsbeschränkung wäre allerdings zu qualifizieren, wenn die Nachahmung den wettbewerbsimmanenten Anreiz zu Innovationen lähmte[135] und dadurch technischen oder ästhetischen Fortschritt behinder-

---

131 *Machlup*, Grundlagen, S. 388 ff.; *Walz*, a.a.O., S. 6.

132 Dies mag mit den Besonderheiten des Produktes zusammenhängen und ist kaum generalisierbar. Immerhin ist die Tatsache bemerkenswert.

133 Dies hat nichts mit der Diskussion um die wirtschaftspolitische Neutralität des UWG zu tun. Jede UWG-Entscheidung ist ein Stück vom Gesetz aufgegebener Wettbewerbspolitik, als es um die Erhaltung von Wettbewerb geht. Damit ist jedoch die Förderung einzelner ökonomischer Zielvorstellungen nicht impliziert.

134 Gegen eine generelle Monopolisierung gewerblicher Leistungen bereits *Hillig*, GR 29, 247, 253; Kritik auch bei *Englert*, a.a.O., S. 303.

135 In diesem Sinn wohl *Smoschewer*, GR 29, 381, 386; vgl. auch *Schäfer*, a.a.O., S. 90 ff.; ausdrücklich BGH GR 66, 617, 620 Saxophon; skeptisch *Englert*, a.a.O., S. 302 f.

te. Dabei darf jedoch nicht unbeachtet bleiben, daß auch die maßstabsgetreue Nachahmung zur Ausreifung eines Produkts beitragen kann und daß im Zusammenhang mit Nachahmungen häufig Anschlußinnovationen zu verzeichnen sind[136]. Weiter wirkt die Nachahmung auch auf das Verhalten des Originalherstellers, der so, um seinen Vorsprung zu halten, zu Verbesserungen und weiteren Anstrengungen veranlaßt wird. Gerade im Bereich technischer Erzeugnisse würde ein Verbot identischer Nachahmung die im Interesse der Marktgegenseite liegende Standardisierung von Gegenständen verhindern[137]. Gleichwohl bleibt zu untersuchen, ob nicht im Einzelfall die Nachahmung zu einer wettbewerbsrelevanten Beeinträchtigung des Innovationsanreizes führen kann.

3. Optimale time lag

Die Frage nach einer Beeinträchtigung des Innovationsanreizes mit dem Gewicht einer Funktionsstörung hängt davon ab, ob es einen optimalen Zeitraum zwischen Innovation und Imitation gibt bzw. ob ggf. ein solcher Zeitraum instrumental bestimmbar ist.

Diese Vorstellung eines optimale time lag[138] steckt hinter einer Reihe neuerer Entscheidungen[139]. Ausgangspunkt ist dabei die Annahme, daß zwischen Innovation und Imitation ein je nach Produkt, Marktsituation und Nachfrage zwar unterschiedlich langer, aber theoretisch genau feststellbarer Zwischenraum liegen müsse, der einerseits dem initiativen Unternehmer einen angemessenen Gewinn sichert, andererseits im gesamtwirtschaftlichen Interesse die Nachahmung nicht später als dazu erforderlich einsetzen läßt[140]. Optimal ist der Zeitraum also dann, wenn die Imitation nicht später, aber auch nicht früher einsetzt als zur Erhaltung des Innovationsanreizes unbedingt nötig ist. Wenn nun durch schnelle Imitation der Wettbewerbsvorsprung so drastisch reduziert wird, daß künftig für innovatorische Anstrengungen kein Anreiz mehr besteht, wird deshalb ein ergänzender Leistungsschutz für erforderlich gehalten. Unter diesen Vorausset-

136 *Willgerodt*, a.a.O., S. 696.

137 Vgl. schon *Respondeck*, GR 26, 459, 460; *Benjamin*, GR 25, 111, 115.

138 Vgl. z. B. *Heuss*, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 36.

139 Aus den neueren Entscheidungen BGH GR 69, 186, 188 Reprint; BGH GR 66, 617, 620 Saxophon; BGH GR 69, 564 ff. Künstliche Zähne; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252 f.; *Luchterhandt*, GR 69, 581, 589; *Eichmann*, GR 67, 564 ff.; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 54 ff.; vgl. auch *Schramm*, WuW 56, 199; *Reimer*, Festschrift für *Wendel*, S. 108 mit Beschränkung auf das Verlagswesen und auf den Schallplattenmarkt, weil dort der kulturelle Wert der Erzeugnisse Rücksichtnahme erfordert.

140 Vgl. dazu die in Fn. 139 zitierten Nachweise.

zungen wäre dies eine reine Maßnahme zur Erhaltung von Wettbewerb ohne Präferenz für bestimmte ökonomische Ziele[141]. In den Entscheidungen zum ergänzenden Leistungsschutz wird zwar nicht ausdrücklich auf diese in der wettbewerbstheoretischen Literatur vertretene Auffassung hingewiesen. Gleichwohl stellt dieser Gedanke auch im Hintergrund, wenn in neueren Entscheidungen des BGH[142] davon ausgegangen wird, daß dem initiativen Unternehmen ein gewisser Vorsprung zusteht und er damit rechnen darf, daß für eine – je nach Art des Erzeugnisses längere oder kürzere Zeitspanne – die Mitbewerber mit Nachahmungen zurückhalten[143]. Dies letztlich eben deshalb, weil eine solche Alleinstellungsphase die faktische Regel bei wettbewerblichen Prozessen ist. Wenn auch in diesen Entscheidungen der Appell an den Anstand der Mitbewerber nicht ausbleibt[144], stützen sich die Entscheidungen nicht auf Lauterkeitsargumente, sondern darauf, daß bei zu schnell einsetzender Imitation der Erstthersteller keine Differentialgewinne erzielen kann und – wenn dies zur Regel wird – kein Anreiz zu Neuentwicklungen mehr besteht[145].

a) Modelltheoretischer Ansatzpunkt

Hintergrund dieser These von optimale time lag ist die Vorstellung eines dynamischen Wettbewerbs. Nimmt man aus der Vielzahl miteinander verzahnter und untereinander abhängiger Wettbewerbshandlungen ein Segment heraus, so stellt sich der Prozeß modellhaft etwa so dar[146]:

Bringt ein Wettbewerber ein neues Produkt auf den Markt, so hat er zunächst eine natürliche Monopolstellung, die ihm ermöglicht, über Absatz und Preis ohne Rücksicht auf etwaige Konkurrenten zu bestimmen und so

---

141 Die Bestimmung der optimalen Mischung der einzelnen Freiheiten stößt jedoch auf das Problem, daß dadurch Wettbewerb nicht mehr als Such-, Informations- und Lernprozeß denkbar ist und die Voraussetzung für die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, nämlich die Ungewißheit über ob, wie und Erfolg beseitigt ist. Vgl. dazu *Hoppmann*, Zum Schutzobjekt, S. 90 f.; *Hayek*, Rechtsordnung, S. 203; *Baur*, a.a.O., S. 105.

142 Z. B. BGH GR 73, 478 Modeneuheit; BGH GR 72, 127 Formulare; BGH GR 69, 186 f. Reprint.

143 BGH GR 73, 478 Modeneuheit; ebenso BGH GR 69, 186, 188 Reprint; vgl. *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252 ff.; ders., GR 75, 233, 235; *Schramm*, WuW 56, 199, 204; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 385, 379; *Reimer*, Wettbewerbsrecht, S. 532; ders., Festschrift für *Wendel*, S. 109.

144 Vgl. BGH GR 73, 478, 480 Modeneuheit.

145 So auch *Traub*, GR 73, 186, 191; *Reimer*, Festschrift für *Wendel*, S. 98, 101, 104; BGH GR 72, 127, 128 Formulare; BGH GR 69, 618, 620 Kunststoffzähne; BGH GR 69, 186, 188 Reprint.

146 Siehe z. B. *Heuss*, Allgemeine Markttheorie, S. 112 ff.; ders., in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 35 ff.; *Arndt*, a.a.O., S. 35 ff.; vgl. *Schramm*, WuW 56, 199, 204; *Hubmann*, Wettbewerbsrecht, S. 252.

– Nachfrage vorausgesetzt – besonders hohe Differentialgewinne zu erzielen, bis die Konkurrenten so weit sind, ebenfalls ein solches Erzeugnis anbieten zu können. Mit zunehmender Zahl der Nachahmer werden seine Aktionsparameter mitbestimmt; mit zunehmendem Angebot verstärkt sich der Druck auf die Preise bis schließlich die Vorsprungsgewinne ganz aufgezehrt sind. Die Hoffnung auf besonders hohe Gewinne, die der Vorsprung vor anderen Mitbewerbern in der Regel erwarten läßt, ist notwendiger, aber auch hinreichender Anreiz zu innovatorischem Wettbewerb. Optimal ist der Zeitraum zwischen Innovation und Imitation dann, wenn der zu erwartende Vorsprung hinreichend motivierende Gewinne erwarten läßt, andererseits die Nachahmung aber so bald einsetzt, daß es dem Ersthersteller nicht gelingt, seine natürliche Monopolstellung zu einer dauernden Ausschließlichkeitsposition auszubauen[147], die die Gefahr der Akkumulation wirtschaftlicher Macht in sich birgt und eine Sozialisierung der Innovation auf Dauer unmöglich macht.

Beide Alternativen führen langfristig zur Aufhebung von Wettbewerb.

b) Verwendbarkeit als Beurteilungsmaßstab

Fraglich ist, ob diese Modellvorstellung vom optimale time lag ein brauchbarer Ansatz zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung ist und sich in der vorgestellten Weise operativ verwenden läßt.
aa) Bereits die Bestimmbarkeit des optimalen Zeitraums wirft eine Reihe von Fragen auf:

Zur Bestimmung des optimalen Zeitraums müßte nach Produkt- und Marktbesonderheiten[148] differenziert werden. Versucht man die berücksichtigungsfähigen Entwicklungskosten und einen angemessenen Vorsprungsgewinn[149] in den Griff zu bekommen, häufen sich die Schwierigkeiten noch mehr. In welchem Umfang können Entwicklungskosten überhaupt berücksichtigt werden?

Sind nur die aus der Retrospektive notwendigen Kosten, sind auch nachträglich als unnütz erkannte Aufwendungen anzuerkennen, wenn diese nicht vorhersehbar waren? Sind die tatsächlich entstandenen Kosten anzusetzen? Wird die Notwendigkeit des Entwicklungs- und Herstellungsaufwandes anhand der technischen und personellen Möglichkeiten des Erst-

147 *Benjamin*, GR 25, 111, 112 bereits weist auf volkswirtschaftlich bedenkliche Wirkungen eines generellen Leistungsschutzes für wettbewerblich interessante Erzeugnisse. Gerade in der Expansionsphase ist die Offenheit des Marktes wichtig, vgl. *Schmidbauer*, a.a.O., S. 283.

148 *Schramm*, WuW 56, 199, 205 will je nach den Umständen 3 Monate bis zu 3 Jahren zubilligen. Kritisch dazu *Englert*, a.a.O., S. 303; *Reimer*, Festschrift für *Wendel*, S. 209; siehe auch *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 379.

149 Vgl. BGH GR 73, 478 Modeneuheit; BGH GR 69, 186, 188 Reprint.

herstellers oder denen eines durchschnittlich ausgestatteten oder denen eines bestausgestatteten Unternehmers bemessen? Können nur unmittelbar mit der Herstellung des nachgeahmten Produkts angefallene oder auch mittelbar damit zusammenhängende Kosten angesetzt werden? Noch diffuser wird es bei der Frage des angemessenen Gewinns: Ist der vermutete volkswirtschaftliche Nutzen maßgebend für die Angemessenheit des Gewinns, oder ist dieser an dem Entwicklungsaufwand zu orientieren? Wie sollte der Nachahmer die angemessene Wartezeit abschätzen können? Muß er dazu eine alternative Kalkulation anstellen oder gar den Ersthersteller um Auskunft bitten?

bb) Ganz abgesehen von den theoretischen und praktischen Schwierigkeiten, konkrete Aussagen über den jeweils optimalen Zeitraum zwischen Innovation und Imitation zu machen, birgt die Instrumentalisierung eines zur Veranschaulichung vereinfachten Modells gerade bei dem Phänomen Wettbewerb die Gefahr[150], daß Wettbewerb unmöglich wird. Wird ein Zeitraum zwischen Neuerung und Nachahmung bestimmt, so wird das Prinzip der Selbststeuerung zu einem wesentlichen Teil aufgegeben. Die Unsicherheit, Voraussetzung der Freiheit, würde beseitigt. Mit dem Argument des optimale time lag werden auch ergebnisorientierte Zweckvorstellungen in das UWG eingebracht, die mit dessen Zielsetzungen nicht vereinbar sind. Jedes wettbewerblich eigenartige Erzeugnis, ein Begriff, der zudem keine scharfen Konturen aufweist, stünde unter einem sicheren Ausschließlichkeitsschutz: die Verbreitung wettbewerblich eigenartiger Erzeugnisse vollzöge sich in einem nicht mehr durch dezentrale Entscheidungen bestimmten Prozeß, sondern nach einem letztlich zentral gesteuerten Plan, denn welcher Wettbewerber würde darauf verzichten, sein garantiertes Mindestmaß zeitlichen Vorsprungs ggf. durch richterliche Entscheidung sicherstellen zu lassen. Nach alldem ist ein ergänzender Leistungsschutz nicht mit den Zielsetzungen des UWG, der Bestandsicherung von Wettbewerb und damit der Sicherung gerade auch der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der am wirtschaftlichen Wettbewerb Beteiligten vereinbar.

cc) Ein ebenfalls an der These vom optimale time lag orientierter, aber im Vergleich zu oben eingeschränkter Ansatz ist noch zu prüfen: nämlich ob nicht die Besonderheiten eines bestimmten Marktes, auf dem „natürliche Nachahmungshemmnisse" seiner Struktur nach ausgeschlossen sind, einen Nachahmungsschutz in dem oben erwähnten Umfang rechtfertigen. Als Beispiel werden hier die Besonderheiten des Modemarktes genannt.

Modische Trends und Wandlungen seien so kurzlebig, daß der Geschmacksmusterschutz nicht ausreiche, von seinem Aufwand her auch un-

150 Zum Problem *Möschel,* Wettbewerb im Schnittfeld ..., a.a.O., S. 333 ff.

angemessen sei. Deshalb sei hier ergänzend mit § 1 UWG auszuhelfen, denn der Sache nach sei hier in der Regel ein Geschmacksmusterschutz möglich[151]. Dabei darf zweierlei nicht unerwähnt bleiben: Einmal war das Geschmacksmuster-Gesetz seinerzeit gerade auf Betreiben der Textilindustrie erlassen worden, die auch damals modischen Trends unterworfen war. Zum anderen, darauf weist auch *Englert* besonders hin[152], hat der BGH selbst wenige Jahre zuvor den Geschmacksmusterschutz auf relative Neuheit des Artikels beschränkt[153], eine Entscheidung, die gerade für modische Erzeugnisse den Geschmacksmusterschutz erschwert. Im Bereich modischer Produkte also, ein nicht unwesentlicher Anwendungsbereich des Geschmacksmusterschutzes, würde dieser jedoch obsolet, wenn und weil durch § 1 UWG derselbe Schutz erreicht werden kann. Daß der Schutz des UWG nur auf eine maximal zwei Saisonen beschränkt sein soll, macht faktisch keinen Unterschied, da wettbewerblich eine Nachahmung ohnehin nur für *die* Saison oder allenfalls für die nächste interessant ist. Die Kurzlebigkeit der Ideen und der Hinweis auf die häufige Anlehnung an vorbekannte Ideen läßt sich daher im Gegenteil eher als Argument gegen einen ergänzenden Sonderschutz einwenden, da die Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs gerade hier zu einer zwar kurzfristigen, aber wegen der Kürze der Angebots-/Nachfragephase entscheidenden Monopolisierung führen würde, ohne daß es auf die Voraussetzungen des dafür an sich einschlägigen und zur Verfügung stehenden Sonderrechtschutzes ankäme. Auch die Tatsache, daß bei Modeerzeugnissen weniger know how sondern Ideen den Erfolg bestimmen und meist erst nach öffentlicher Vorstellung der Modelle entsprechend der Nachfrage die Entscheidung darüber getroffen wird, ob ein Modell zum Verkauf in größerem Umfang hergestellt wird oder nicht, rechtfertigt keine besondere Behandlung. Zwar ist dadurch einem Teilnehmer einer solchen Vorstellung leicht möglich, das vorgestellte Modell selbst zu fertigen oder fertigen zu lassen und sogar gleichzeitig mit dem Erstherstellter auf den Markt zu bringen, wobei er zusätzlich den Vorteil der Ersparnis des Entwurfaufwandes bei der Preisgestaltung ausnützen kann. Vergleichbare Situationen gibt es bei anderen Erzeugnissen ebenfalls. Um dies zu verhindern, bestehen vertragliche Möglichkeiten der Absicherung, deren Durchsetzung im UWG zumindest fraglich ist[154]. Soweit geringer techni-

151 Vgl. dazu *Baur*, a.a.O., S. 105; *Hoppmann*, Zum Problem ..., S. 30 ff.; ders., Wettbewerb als Aufgabe, S. 90 f.; auch *Englert*, a.a.O., S. 303 m. w. Nachw. Dazu auch OLG Düss. WRP 78, 378, 382.

152 In: Festschrift für *Ulmer*, a.a.O., S. 297, 303.

153 BGH GR 69, 90 ff. Rüschenhaube.

154 Vgl. *Schall-Riaucour*, a.a.O., S. 62; *Schramm*, GR 61, 328; aber auch S. 332; *Königs*, NJW 61, 1041; *Rasch*, WuW 53, 387, 394; *Baumbach-Hefermehl*, a.a.O., § 1 UWG Anm. 569 f.; *Ulmer-Reimer*, Wettbewerbsrecht, Anm. 65.

scher Aufwand einerseits die Nachahmung ermöglicht, rechtfertigt jedoch dies andererseits nicht einen, nach Geschmacksmusterschutzgesetz möglichen, aber nicht eingeholten Schutz vor Nachahmung mit Hilfe des § 1 UWG. Wenn die Rechtsprechung die Nachahmung für eine kurze Zeit, für eine Saison oder zwei, verbieten und so einen Leistungsschutz zubilligen will, wird verkannt, daß nach dieser Zeit die Nachahmung in der Regel wettbewerblich irrelevant sein wird, wenn es sich, was bei der Entscheidung bejaht wurde, um ein „wettbewerblich eigenartiges" modisches Erzeugnis handelte. Was als Argument für einen nur kurzen Leistungsschutz angeführt wird, spricht m. E. gerade gegen einen solchen Schutz überhaupt[155].

Ein Verbot der Nachahmung nur unter dem Aspekt eines Leistungsschutzes ohne Vorliegen einer Verwechslungsgefahr für die Abnehmer, wie es von der Rechtsprechung vertreten wird, führt im Ergebnis dazu, daß die fragliche Ware für die gesamte Zeit, in der überhaupt Nachfrage nach diesem Erzeugnis besteht, vor Nachahmung geschützt bleibt, ein Ergebnis, das selbst mit dem Patentrecht nicht angestrebt wurde[156].

§ 12 Zusammenfassung

Ausgangspunkt war die Fragestellung, ob und inwieweit der von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Nachahmungsschutz nach § 1 UWG in dem Umfang, wie er zuletzt u. a. in der Modeneuheit-Entscheidung ausgeprägt wurde, mit einer an der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung orientierten Wettbewerbsordnung vereinbar ist.

Aufmerksamkeit verdient die Fragestellung vor allem deshalb, weil damit das UWG zur Begründung von sondergesetzlich nicht vorgesehenen Ausschließlichkeitspositionen in Dienst genommen wird, während gleichzeitig im Kartellrecht die Eingriffsmöglichkeiten für Versuche, Wettbewerb zu beschränken, verstärkt werden.

Versuche, den Besonderheiten der Nachahmung im Wettbewerb entsprechend dem Wortlaut des § 1 UWG mit moralischen und ethischen Kriterien Herr zu werden, sind vom Ansatz her und vom Ergebnis betrachtet unbefriedigend. Tatsächlich verbergen die ethischen Begründungen im allgemeinen die Argumente, nach deren Berechtigung im UWG dann schließlich nicht mehr gefragt wird, so z. B., wenn eine im Sonderschutz empfundene Regelungslücke über § 1 UWG geschlossen wird. Versteht man die Generalklausel des UWG auch entsprechend ihrer Entstehungsgeschichte als Dele-

155 Ebenso *Englert*, a.a.O., S. 304 f.

156 Auch wenn das de facto für eine Mehrzahl von Patenten der Fall sein mag.

gationsnorm an den Richter mit dem Auftrag, im Sinne der an anderen Stellen im UWG formulierten Zielvorstellungen den Schutzzweck des UWG auf nicht vorhersehbare Sachverhalte fortzuschreiben, dann geht es in erster Linie darum, den Schutzzweck des UWG zu beschreiben und von daher Entscheidungsdirektiven auszuarbeiten.

Das UWG stellt mit seinen Verboten minimale Rahmenbedingungen zur Sicherung der konkreten Wettbewerbsordnung auf. Zwar sind durch die Verbote, zum Beispiel der Werkspionage, des Boykotts, der Behinderung, immer auch konkrete Mitbewerber unmittelbar geschützt. Das liegt jedoch darin begründet, daß eine Wettbewerbshandlung definitionsgemäß den Bezug auf einen oder mehrere Konkurrenten impliziert. Dies rechtfertigt jedoch noch nicht die Annahme eines Individualschutzes, eine Auffassung, von der die herrschende Meinung inzwischen allerdings auch weitgehend Abstand genommen hat. Dient das UWG also dem Schutz der Wettbewerbsordnung, und zwar nicht irgendeiner denkbaren, sondern der konkreten Wettbewerbsordnung, so sind die Rahmenbedingungen, wie sie in anderen Regelungen getroffen sind, ergänzend mit heranzuziehen und möglicherweise von entscheidender Bedeutung.

Seit der Einführung der Generalklausel in das UWG sind grundlegende Wandlungen im Wettbewerbsrecht zu verzeichnen, die auch zu einer Neubewertung der Auslegung des UWG Anlaß geben. Indessen hat die Einführung des Kartellrechts und dessen ständige Verstärkung in Richtung mehr Freiheitssicherung bisher keine allzu deutlichen Spuren bei der Anwendung des UWG hinterlassen. Das „Grundgesetz" der Wettbewerbsordnung, dessen Zielsetzungen und Zielpräferenzen sind aber auch bei der Auslegung des UWG zu berücksichtigen, soweit dort Zielkonflikte zu entscheiden sind. Die Präferenz des GWB für die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung vor ökonomischen Zweckmäßigkeitsüberlegungen ist auch im UWG zu berücksichtigen. Besonders für den Schutz vor Nachahmung nach § 1 UWG gibt § 20 GWB, der den Wildwuchs im Zusammenhang mit dem bestehenden gewerblichen Sonderschutz auf dessen Kernbereich zurückstutzt, Anstoß für eine Neuorientierung.

Dient danach das UWG der Erhaltung von Wettbewerb, so erschien es sinnvoll, die möglichen Zielkonflikte bei der Beurteilung von Nachahmungssachverhalten von einer Analyse der Wirkungszusammenhänge her aufzubereiten, die wir als Wettbewerb bezeichnen. Unter der Bedingung der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, sowohl der Konkurrenten als auch der Abnehmerseite, entfaltet sich Wettbewerb, der als unaufhörliche Sequenz von initiativen und reaktiven Handlungen veranschaulicht werden kann. Innovationsanreiz und Anreiz zu Imitation sind dabei zwei antagonistische, sich gegenseitig ergänzende Antriebskräfte, die langfristig gleiches Gewicht haben müssen, wenn Wettbewerb sich nicht selbst zerstören soll.

Anhand dieses Modells lassen sich für Nachahmungssachverhalte zwei Konfliktbereiche feststellen:

1. Die Nachahmung kann zu einer Beschränkung der Wahlfreiheit der Abnehmer führen, wenn sie dem Original zum Verwechseln ähnelt.
2. Die Nachahmung kann möglicherweise den Anreiz zu Innovationen ersticken.

Wird ein Erzeugnis nachgeahmt, das wettbewerblich eigenartig ist, weil es auf der Abnehmerseite Identifikationsvorstellungen fixieren kann, und ist das Ergebnis der Nachahmung so, daß die Gefahr von Verwechslungen besteht, dann ist der *Vertrieb* der Imitation ohne klarstellende Kennzeichnung wettbewerbswidrig. Die Entscheidungsfreiheit der Abnehmer ist eine wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren von Wettbewerb. Eine Beeinträchtigung der Wahlfreiheit führt danach zu einer Wettbewerbsbeschränkung.

Durch das UWG darf der Nachahmungswettbewerb jedoch nicht mehr beschränkt werden als zur Vermeidung der Verwechslungsgefahr unbedingt nötig ist. Dazu genügt jedoch eine Kennzeichnung des Produktes und die Vermeidung weiterer die Verwechslungsgefahr fördernder Maßnahmen (im Bereich der Ausstattung). Entgegen den Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung rechtfertigt § 1 UWG das Verlangen nach einer abweichenden Gestaltung der Ware selbst nicht. Dies ergibt sich einmal daraus, daß durch § 1 UWG der Ausstattungsschutz des § 25 WZG nicht erweitert werden darf. So darf über § 1 UWG weder eine Ausstattungsanwartschaft begründet werden, noch dürfen Merkmale, die als zum Wesen der Ware gehörend nicht dem Ausstattungsschutz unterliegen, weil ein solcher Schutz mit einem Kennzeichenrecht nicht vereinbar wäre, nach § 1 UWG vor Nachahmung geschützt werden. Eine solche Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs ist nicht erforderlich, wenn es nur darum geht, den Abnehmern das Vorhandensein zweier Angebote deutlich zu machen. Dazu genügt die *Kennzeichnung* des Imitats entsprechend den Usancen des Originalherstellers oder des betreffenden Marktes und ggf. ein Abstand bei der *Ausstattung* der Ware, die die Verwechslungsgefahr verstärken soll, soweit sich eine solche Verpflichtung nicht bereits aus § 25 WZG ergibt. Im Interesse an der Freiheit wettbewerblicher Betätigung ist dies eine zwar notwendige aber auch hinreichende Bedingung für die wettbewerbliche Zulässigkeit der Nachahmung. Will der Originalhersteller sein Produkt von der Nachahmung besonders abheben, so bleibt ihm unbenommen, auf eine längere Erfahrung als Ersthersteller hinzuweisen oder sonst entsprechend zu werben.

Die Untersuchung des zweiten Konfliktfeldes zwischen Imitationsanreiz und dem Anreiz zur Innovation, dem der ergänzende Leistungsschutz, wie er in der Modeneuheit-Entscheidung formuliert würde, zuzuordnen

ist, hat gezeigt, daß die vorgebrachten Argumente mit den Zielsetzungen des § 1 UWG nicht zu vereinbaren sind.

Soweit der ergänzende Leistungsschutz mit Argumenten befürwortet wird, die denen zur Begründung des Immaterialgüterrechts verwandt sind, sind diese als wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsüberlegungen mit dem Ziel der Innovationsförderung mit dem Schutzzweck des UWG nicht vereinbar. Das UWG dient der Sicherung der konkreten Wettbewerbsordnung, der zwar neben gesellschaftspolitischen auch ökonomische Zielvorstellungen zugrunde liegen. Diese sind insoweit aber nur erhofft kausale, mittelbare Ziele. Argumente, die auf eine unmittelbare Förderung bestimmter Ergebnisse ausgerichtet sind, finden im UWG deshalb keine Stütze. Das erhellt auch ein Blick auf die Entwicklung des Kartellrechts. Auch die These vom optimalen Zeitraum zwischen Innovation und Imitation trägt einen ergänzenden Leistungsschutz nicht. Ein solcher Zeitraum ist schon theoretisch schwer, kaum jedoch praktisch zu bestimmen. Der natürliche Zeitraum bis zu dem Punkt, zu dem der Nachahmer ein verkaufsreifes Produkt hergestellt ist, ist je nach Komplexität des Objektes länger oder kürzer. Die Übertragung der modelltheoretischen Annahme eines optimalen Zeitraums zwischen Innovation und Imitation beseitigt aber die Unsicherheit wettbewerblichen Geschehens, Voraussetzung für die Freiheit wettbewerblicher Betätigung. Die Instrumentalisierung des optimale time lag ist – abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten – bereits vom Ansatz her kein taugliches Mittel zur Sicherung von Wettbewerb. Auch die Besonderheiten eines Einzelmarktes rechtfertigen kein anderes Ergebnis, unabhängig davon, ob die Besonderheiten in der Marktstruktur oder im Gegenstand des Wettbewerbs begründet liegen. Zwar kann die Reaktionsgeschwindigkeit der Nachahmung in einem Markt mit wenig Anbietern größer sein als in einem weiten Markt. Gerade da würde eine zusätzliche Absicherung sondergesetzlich nicht geschützter Leistungen den Vorsprung des Erstherstellers ungleich nachhaltiger stützen und die Chance für new comer, in den Markt einzudringen, zusätzlich erschweren.

Auch die Besonderheiten, die mit dem angebotenen Objekt zusammenhängen, so bei Modeerzeugnissen, die besonders kurzlebig sind und bevor sie auf den Markt gelangen auch ohne gesetzwidrige Anstrengung jedem Konkurrenten zugänglich sind, sind nicht geeignet, einen ergänzenden Leistungsschutz aus § 1 UWG zu rechtfertigen. Einmal bestehen vertragliche Möglichkeiten, sich vor Ausnutzung der vorgeführten Modelle abzusichern. Gerade die Kurzlebigkeit der Modeerzeugnisse bzw. die Kürze der Nachfragedauer, die als eigentlicher Grund für den Nachahmungsschutz zur Erhaltung des Innovationsanreizes angeführt wird, spricht gegen ein Nachahmungsverbot in dem geforderten Umfang, da dies einem vollkommenen Ausschluß des Nachahmungswettbewerbs führen würde. Ein Ergebnis, das

zwar im Einzelfall de facto bei den Immaterialgüterrechten eintreten kann, aber von vornherein auch dort nicht gewollt ist. Die im Ergebnis unsichere Befürchtung, daß der Anreiz zu Innovationen nachhaltig beschränkt würde, insoweit die einzige mit der Zielsetzung des UWG vereinbare Begründung für einen Nachahmungsschutz ohne Verwechslungsgefahr, würde mit einem vollkommenen Ausschluß des Nachahmungswettbewerbs entkräftet, ein Ergebnis, das einem Eigentor gleichkäme.

Abhandlungen zum Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Dr. Horst S. Werner, 3400 Göttingen

Band 1

Horst S. Werner

Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand

Eine Untersuchung der Herrschaftsmöglichkeiten von Unternehmen über Unternehmen in den faktischen Konzernverbindungen.

Von **Dr. jur. Horst S. Werner**

1979, 21 x 14,5 cm, kartoniert, 244 S., 79,– DM ISBN 3-88415-560-1

Band 2

Alfred Paulick

Die GmbH ohne Gesellschafter

Eine Untersuchung zur Entstehung, Zulässigkeit und Handhabung der Keinmann-GmbH.

Von **Dr. jur. Alfred Paulick**

1979, 21 x 14,5 cm, kartoniert, 178 S., 74,– DM ISBN 3-88415-564-4

Band 3

Wolfgang Stauf

Der wichtige Grund bei der personengesellschaftlichen Auflösungs- und Ausschließungsklage

Eine Untersuchung zu dem Tatbestandsmerkmal „wichtiger Grund" in den §§ 133, 140, 142 HGB.

Von **Dr. jur. Wolfgang Stauf**

1980, 21 x 14,5 cm, kartoniert, 94 S., 59,– DM ISBN 3-88415-549-0

Band 4

Suse Martin

Imitationsanreiz und Schutz vor Nachahmung im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

Von **Dr. jur. Suse Martin**

1980, 21 x 14,5 cm, kartoniert, ca. 128 S., 74,– DM ISBN 3-88415-545-8

Band 5

Bernd G. Köster

Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse bei OHG und KG

Von Rechtsanwalt **Dr. Bernd G. Köster, Düsseldorf**

1980, 21 x 14,5 cm, kartoniert, ca. 195 S., 79,– DM ISBN 3-88415-546-6

Band 6

Wolfgang Bardorf

Der Gesellschaftereinfluß auf die GmbH-Geschäftsführung nach dem Mitbestimmungsgesetz

Eine Untersuchung mit Vergleich zu der mitbestimmungsfreien GmbH, der GmbH nach dem BetrVG 1952 und der GmbH nach dem MontanMitbestG.

Von **Dr. jur. Wolfgang Bardorf**

1981, 21 x 14,5 cm, kartoniert, ca. 108 S., 64,– DM ISBN 3-88415-544-X

WiRe

WiRe Verlagsgesellschaft mbH
für Wirtschafts- u. Steuerrecht

3400 Göttingen Postfach 818 Tel. ☎ (05 51) 4 19 68 Telex 96641 rewi d

Lebenslauf

Am 9. Mai 1949 wurde ich, Suse Martin, als Tochter des Kaufmanns Willy Martin und seiner Ehefrau Maria geb. Röck in Tuttlingen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Juni 1968 habe ich die Reifeprüfung am Gymnasium Tuttlingen abgelegt. Vom Wintersemester 1968/1969 bis zum Sommersemester 1973 studierte ich 9 Semester an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen. Nach der Ersten juristischen Staatsprüfung absolvierte ich den Vorbereitungsdienst in Baden-Württemberg, wo ich im Dezember 1975 die Zweite juristische Staatsprüfung ablegte. Während dieser Zeit war ich wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrecht bei Prof. Dr. Möschel an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen.